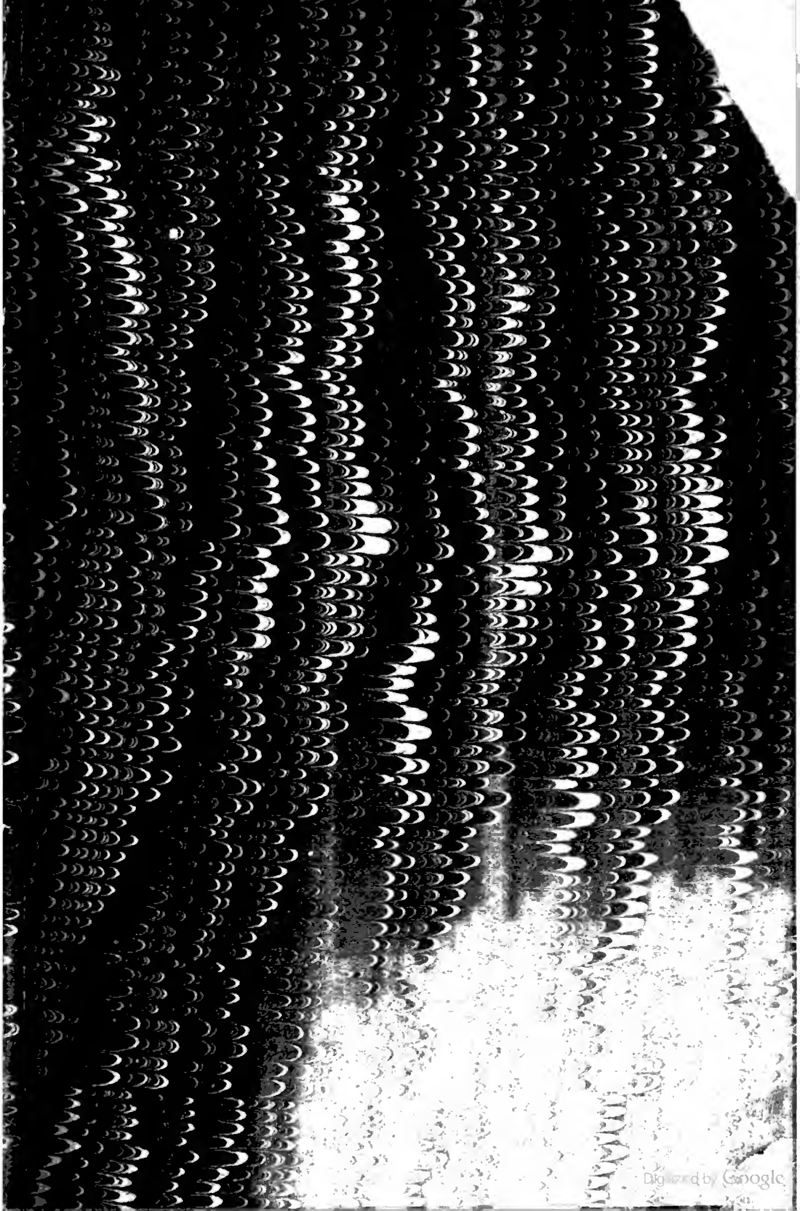
# Archiv für bürgerliches Recht

Josef Kohler, Viktor Ring, Paul Ernst Wilhelm ...


1650. SIGILL: COLL: HARVARD: CANTAB: NOV: ANGL:
CHRISTO ET ECCLESIAE
Received
June - Sept. 1889.



# Archiv
für
# Bürgerliches Recht.

Herausgegeben von

**Dr. J. Kohler,**
orb. Professor an der Universität Berlin.

**V. Ring,**
Richter am Amtsgericht I Berlin.

**Zweiter Band.**

**Berlin.**
Carl Heymanns Verlag.
1889.

Rec. June - Sept. 1889.

Verlags-Archiv 1529.

# Inhalts-Verzeichniß.





1.

# Eine Stimme jenseits des Atlantischen Ozeans in der Kodifikationsfrage.

Von J. Kohler.

---

Die Frage, ob das common law in der seitherigen Weise weiter bestehen, oder ob der unerschöpfliche Inhalt desselben, soweit möglich, einer Kodifikation unterworfen werden soll, wird in England und Amerika lebhaft erörtert. Vor einigen Jahren sollte in dem Staate New-York der Field'sche Entwurf eines Civilgesetzbuchs eingeführt werden; damals war es Miller, welcher in seinem Vortrag über englisches und römisches Recht seine warnende Stimme erhob.[1]) Nunmehr handelt es sich um eine Adresse an die Bar Association von Süd-Karolina, verfaßt von einem der bekanntesten amerikanischen Juristenschriftsteller, von J. Prentiß Bishop.[2]) Derselbe geht der Kodifikation scharf zu Leibe, und seine Ausführungen haben viel Interessantes; doch leiden sie theilweise an Uebertreibungen, theilweise sind sie speziell auf die englisch-amerikanischen Rechtszustände berechnet.

Daß eines der größten Handelsvölker und daß so praktische Leute wie die Amerikaner sich ohne Kodifikation behelfen, mag auf den ersten Blick verwundern. In der That erklärt es sich durch die Eigenheit des englischen Rechtes. Dem englischen Recht ist ein ungestörter national-germanischer Fortgang beschieden gewesen, und wo

---

[1]) Miller, Das englische und das römische Recht. New-York 1882.

[2]) Bishop, Common Law and Codification. Chicago 1888.

das römisch-kanonische Recht eingedrungen ist, hat es seine Bahn nicht mit den Sturmfluthen eines Rezeptionsvorgangs beschritten, sondern es ist in der Jurisdiktion des Chancellor sachte und unter steter nationaler Färbung infiltrit. Dadurch nun, daß ihm das Autoritative eines von außen eindringenden Fremdrechts fehlte, ist das Recht in England stets autonom geblieben; aus dem inneren Marke des Volksrechts heraus sind dem Rechte neue und immer neue Säfte zugekommen: von Entscheidung zu Entscheidung wurde stets das erkannt, was dem maßgebenden, durch das Studium der seitherigen Jurisprudenz angeregten und entwickelten Rechtsbewußtsein des Richters entsprach. So ist man schrittweise vorgegangen, stets schöpferisch, — aber schöpferisch mit dem konservativ-englischen Geiste; allmählich haben sich alte Rechtssätze ausgelebt, allmählich sind neue Wege betreten worden. So entwickelte sich ein Recht, dem die scharfen Kanten eines Gesetzesrechts fehlten. Weich und biegsam schloß es sich jeweils dem Sonderbedürfnisse des Falles an: kein Durchschnittsrecht, welches, im allgemeinen zutreffend, im einzelnen Fall einzuschneiden vermag, keine feste Rüstung, welcher der Organismus sich anpassen muß, sondern eine weiche, elastische Kleidung, welche sich willig der Gliederung des praktischen Rechtslebens anschließt.

Daß ein solches Recht auch seine Unbequemlichkeiten hat, konnte nicht verborgen bleiben; es ist leichter, unter 20 Rüstungen, von welchen eine passen muß, die richtige zu finden, als unter 120 Anzügen denjenigen herauszusuchen, welcher gerade speziell der Einzelindividualität entspricht. Ja, da ein jeder Fall wieder sein besonderes Gepräge hat, so muß eine jede neue Rechtssituation eigentlich wieder ein neues Kleid tragen. Völlig ließ sich die Sache auch nicht durchführen, und eine Reihe von Spezialgesetzen schritten ein, wo eine schärfere Fassung noth that. Immer aber bleibt dem englischen Juristen die Vorliebe für das common law, den nursing father.

Hätten wir das römische Recht von jeher als bloße raison écrite betrachtet, uns von dem Geiste, welcher die römischen Juristen durchdringt, allein ersättigt und, die Justinianeischen Bildungen bei Seite lassend, von dem römischen Rechte genommen, was unserem Wesen entsprach, und sodann unsere ganze juristische Praxis nach

dem Vorbilde der römischen Jurisprudenz gestaltet, so wären ähnliche Verhältnisse bei uns eingetreten. Man hätte weniger den Inhalt der Digesten, man hätte die treibenden Motoren übernommen, welche in Rom rechtsbildend walteten: man hätte angenommen, daß wir den Bedürfnissen unserer Tage ebenso entgegentreten müssen, wie ihrer Zeit die Juristen in den Tagen des Hadrian oder der Antonine; man hätte also die Methode der römischen Juristen mehr rezipirt, als das Material, in welches sie ihre Bildungen eindrückten.

Das war aber vielfach nicht der Fall. Das abgeschlossene corpus juris drückte auf die Jurisprudenz; die Entscheidungen sollten nicht aus eigen gebildetem Rechtsmaterial, sie sollten aus dem Rechtsmaterial aus den Zeiten des römischen Rechtslebens genommen werden, und der Byzantiner Justinian kam zu größerer Geltung, als die unsterblichen Geister einer früheren Zeit; was Justinian sich im einzelnen Falle gedacht, wurde mit fast anatomischer Genauigkeit untersucht; und wenn es an solche Schöpfungen, wie die Novelle 115 ging, wurden die Gehirnstränge Justinians mit scharfem Sezirmesser zerlegt, und man glaubte erlauschen zu können, was dieser grämliche Mann in seinem byzantinischen Mantel dereinst zwischen 7 und 9 Uhr morgens gedacht hatte.

Auf diese Weise ist Deutschland im Civilrechte nicht zu einer so schöpferischen Jurisprudenz gekommen wie England; um bei uns eine neue Periode zu inauguriren, ist es die erste Aufgabe, die formelle Geltung des römischen Rechtes zu beseitigen, damit wir seinen materiellen Vorzügen desto ungestörter huldigen können.

Mit der bloßen Aufhebung des römischen Rechtes aber ginge es wiederum nicht an. Wir haben keine sichere Common Law-Praxis, auf welche sich bauen ließe. Darum bleibt für uns einzig und allein die Kodifikation übrig, und diese wird, wenn richtig vollzogen, unserem Land einen unabsehbaren Segen bringen.

Daß die Länder des englischen Rechtes durchaus nicht das gleiche Bedürfniß nach Kodifikation des Civilrechts zeigen, geht aus dem Obigen von selbst hervor. Nichtsdestoweniger stellen wir uns die Schattenseiten einer solchen Kodifikation auch für diese Länder nicht mit derselben Schärfe vor, wie Bishop in der erwähnten Adresse. Es ist ein Lieblingsgedanke englischer Juristen, das Common Law als ein Vernunftrecht zu fassen, als einen Ausfluß der Volksvernunft,

so daß eigentlich im einzelnen Falle nur eine Entscheidung vernunftentsprechend wäre, und dieses wäre eben die Entscheidung des Common Law. Warum daher eine Gesetzesvorschrift, warum ein Be it enacted? Sollte man den Pythagoräischen Lehrsatz gesetzlich fixiren?[3]) Wenn er richtig ist, so ist es doch viel sachgemäßer, ihn zu beweisen. Und sollte das Gesetz sich irren, sollte es etwa den Pythagoräer mißverstehen, sollte es etwa das Quadrat der Hypothenuse mit einem Quadrat der beiden Katheten kombiniren und unrichtiger Weise diese zwei Vierecke dem Quadrate der anderen Kathete gleichsetzen, so würde dies die ganze Mathematik und damit die ganze Mechanik außer Fugen bringen! Dies ist der Gedankenkreis, der im englischen Rechte viel verbreitet ist.

Es ist nun richtig, daß eine Reihe von Rechtssätzen sich aus dem Gefüge unserer Verhältnisse und aus den Postulaten unseres Verkehrs so dringend ergeben, daß sie für das Recht ganz unentbehrlich sind. In den meisten Fällen aber sind die Postulate des Rechtslebens nicht so zwingend, vielmehr bieten sie die Wahl unter einer großen Zahl von Möglichkeiten; allerdings ist auch hier die Auswahl nicht gleichgültig, ja manchmal wir dan der richtigen Auswahl das größere oder geringere Gedeihen eines nationalen Rechtsguts hängen. Jedoch hat die Auswahl bei weitem nicht immer diese eminente Bedeutung, und wo sie die Bedeutung hat, wird wohl der Gesetzgeber ebenso wie der Richter des einzelnen Falles in der Lage sein, die richtige Auswahl zu treffen. Dazu kommt, daß in einem und demselben Volke sehr verschiedene Strömungen, sehr verschiedene kollidirende Interessen walten können, welche möglichst versöhnt werden müssen; hier ist nicht ein einfaches Vernunftpostulat zu erfüllen, sondern es ist ein praktisches Ziel, eine möglichste Anpassung differirender Tendenzen zu erreichen, und diese Versöhnung muß oftmals, um wirksam zu sein, für eine ganze Reihe von Konjunkturen gleichzeitig und aus einem Guß erfolgen; häufig sind besondere staatliche Veranstaltungen zu treffen, um die rechtlichen Bedürfnisse möglichst leicht und präzis zu befriedigen. So ist vielfach eine gesetzliche Schöpfung nicht entbehrlich.

Von diesem Standpunkt aus kann es nur die Frage sein, ob

[3]) Bishop pag. 43 fg.

Kodifikation oder Einzelgesetzgebung, und diese Frage ist eine Frage des einzelnen Falles, keine prinzipielle Frage, keine Frage, welche sich für alle Nationen gleich beantworten ließe.

Soviel ist aber sicher, daß eine jede Kodifikation, will sie ihr Ziel erreichen, sich große Reserven auferlegen muß. Dinge, welche sich vernunftgemäß von selbst ergeben, sollen nicht im Gesetze gesagt sein. Die nähere technische Entwickelung der Prinzipien soll das Gesetz der Wissenschaft und Praxis überlassen, weil sonst die Gefahr entsteht, daß der Gesetzgeber, indem er aus den Prinzipien unrichtige Bildungen schafft, ein inkohärentes Ganze zu Tage fördert. Man denke nur an die Mißgestaltung, welche die Lehre des sogenannten Repräsentationsrechts in manches Gesetzbuch gebracht hat. Darum möglichste Reserve; wo möglich blos eine Pointirung des Prinzips durch die Angabe einer wesentlichen praktischen Gestaltung, in welcher das Prinzip prägnant hervortritt.

Daß unter solcher Reserve sich eine gesunde, tüchtige, fortbildungsfähige Jurisprudenz entwickeln kann, ist sicher. Auch die französische Jurisprudenz, welche schon zu Zeiten eines d'Aguesseau, eines Basnage schöpferisch war, ist durch die Aufstellung des Code civil als bindendes Gesetzbuch nicht zurückgegangen — im Gegentheil erst unter dem Code civil hat die französische Jurisprudenz ihre Blüthezeit erreicht. Auch in Frankreich waren es eigenartige Umstände, welche zur Kodifikation hindrängten und welche die Fortdauer des seitherigen Rechtszustands, bei welchem lediglich einzelne bestimmte Materien durch königliche Gesetze geregelt waren (namentlich durch die Ordonnances des testaments, des donations, des substitutions), als unerträglich erscheinen ließen. Es war einerseits die Ueberfülle der mannigfaltigsten Gewohnheitsrechte, welche nicht, wie in England, durch eine einheitliche Rechtspflege ausgeglichen waren; es waren auf der anderen Seite die in der Revolution erwachsenen Neuideen, denen man sich nicht entziehen zu können glaubte. So ist der Code civil entstanden.

Und auch das deutsche Handelsgesetzbuch hat gewiß nicht dazu beigetragen, der Jurisprudenz ihre Fittige zu benehmen: die Jurisprudenz des Handelsrechts hat vielmehr, sobald nur eben die richtige Orientirung gefunden war, einen neuen Aufschwung genommen; sie steht, was die deutsche Jurisprudenz betrifft, in erster Linie.

Auf einen Punkt hat Bishop noch besonders hingewiesen, und das ist ein Punkt, wo wir glücklicherweise das englische Recht bedeutend überragen; er hat betont, daß es dem amerikanischen Rechte noch an genügenden wissenschaftlichen Bearbeitungen fehle, auf daß eine Kodifizirung unternommen werden sollte. In der That stehen die wissenschaftlichen Bearbeitungen des Common law noch nicht auf der Höhe der deutschen Doktrin; und wenn die praktische Jurisprudenz des englisch-amerikanischen Rechtes die unsere überragt, so ist die englische Doktrin noch nicht zu jener prinzipiellen Durcharbeitung gekommen, wie die Doktrin des deutschen Rechtes -- wenn es auch nicht an einer Reihe tüchtiger Arbeiten fehlt.

Ein bleibender Gewinn der ganzen Kodifikationskontroverse wird es sein, wenn wir feststellen, daß die Kodifikationsfrage nicht für alle Völker gleich zu beantworten ist und daß eine jede Kodifikation sich wesentliche Reserve auferlegen muß, wenn die schöpferische Kraft der Jurisprudenz gewahrt bleiben soll.

2.

# Die preußische Vorrechtseinräumung und die Aenderung der Rangordnung im neuen deutschen Entwurfe.*)

Von Gerichts-Assessor **Dr. Eugen Fuchs** in Berlin.

---

Man kann mit Strohal[1]) behaupten, daß sich in der ganzen Lehre von der Prioritätsabtretung nicht ein Grundsatz von Belang aufweisen läßt, der sich allgemeiner Anerkennung erfreuen würde. Man streitet insbesondere über folgende prinzipielle Fragen:

Ist die Vorrechtseinräumung ein Geschäft mit rein obligatorischer Wirkung und nach ihrer Eintragung eine obligatio in rem scripta?[2]) oder ist sie, sei es von vornherein,[3]) sei es durch Eintragung,[4]) eine dingliche Disposition beziehungsweise ein Geschäft mit quasi-dinglicher[5]) Wirksamkeit, oder wird sie durch die Eintragung ein Rechtsakt mit schlechthin absoluter Kraft?[6])

I. Was ist, wenn die Prioritätseinräumung Obligation ist, der Inhalt des eingeräumten Rechtes?

Ist es eine reine obligatio ad non faciendum, d. h. eine Verpflichtung des zurücktretenden Primus, sein Pfandrecht im Fall einer Kollision mit dem vortretenden Tertius nicht geltend zu

---

*) Im Zusammenhange mit dem Dinglichkeitsbegriff überhaupt ist diese Frage behandelt in dem demnächst erscheinenden Buche des Verfassers: „Das Wesen der Dinglichkeit. Carl Heymanns Verlag. 1889." Dort ist die Unhaltbarkeit des herrschenden, im Entwurf adoptirten Dinglichkeitsbegriffs des Näheren darzuthun versucht worden.

1) Die Prioritätsabtretung S. 3.

2) Paris, Die Lehre von der Prioritätseinräumung S. 38.

3) Regelsberger, Bayr. Hypothekenr. S. 450 ff. u. A. siehe die Literatur bei Küntzel in Gruchot's Beiträgen Bd. 26 S. 68.

4) Strohal über die Prioritätsabtretung S. 74 ff. Exner, Oesterr. Hypothekenr. S. 513.

5) Förster-Eccius III S. 545.

6) Dernburg I. §. 334.

machen? Oder verpflichtet sich der Primus, sein Pfandrecht geltend zu machen und aus dem eingezogenen Erlöse an den Tertius das abzuführen, um was dieser in Folge der Geltendmachung des primären Pfandrechts gekürzt worden ist?[7])

Kann man diese Verpflichtung als Intercession, Verbürgung,[8]) d. h. als die bedingte und beschränkte Uebernahme einer fremden, an sich dem Pfandschuldner zustehenden Verbindlichkeit durch den Prioritätscedenten kennzeichnen? Oder würde sie — so fragen wir selbst — nicht besser den Thatbestand des Versicherungsvertrags decken, da der Prioritätscedent nicht die Verbindlichkeit des Pfandschuldners, sondern eine eigene, von Anfang an selbständige Verpflichtung übernimmt, die dahin geht, im Kollisionsfalle dem Cessionar mit seinem Pfanderlöse die Gefahr des Ausfalls zu vertreten?

II. Charakterisirt man aber die Vorrechtseinräumung als ein sachenrechtliches Geschäft, so entstehen folgende Fragen:

Ist sie ein dinglicher Vertrag im Sinne der Cession und ist sie dann eine Abtretung des Forderungsrechts (Hypothekenaustausch)[9]) oder nur des Pfandrechts beziehungsweise seines Ranges (Stellenwechsel)[10]) oder schließlich der Pfandklage[11]) beziehungsweise des Pfanderlöses;[12]) oder ist sie dinglich im Sinne der begrenzten dinglichen Rechte und dann entweder Afterpfandrecht[13]) oder Verfügungsbeschränkung[14]) der zurücktretenden Post zu Gunsten der vortretenden Post?

Alles das sind nicht blos theoretische Doktorfragen; ihre Bedeutung für das Leben und ihre tiefe Nachwirkung auf den ganzen

---

[7]) Entsch. d. Reichsger. Bd. 16 S. 250 und die dort citirte Literatur; vgl. auch Strohal a. a. O. S. 10 ff.

[8]) Paris a. a. O. S. 50, siehe auch Anm. 16 dieser Abh.

[9]) Dernburg, Pfandrecht II §. 158.

[10]) Dernburg, Pr. Privatrecht I §. 334; Koch, Kommentar z. A. L.-R. II Anm. 70 zu §. 35 Eig.-Erw.-Ges. (6. A. S. 754); Strohal a. a. O. S. 74.

[11]) Römer, Württemberg. Unterpfandr. S. 240 ff.

[12]) Achilles, Die preuß. Ges. über Grundeigenthum (3. Aufl.) S. 227 Anm. 2 zu b.

[13]) Regelsberger, Bayr. Hypothekenr. S. 450 ff., vgl. auch Anm. 17 dieser Abh.

[14]) Entsch. d. Reichsger. Bd. 19 S. 345; vgl. auch Exner a. a. O. S. 513, Achilles zu §. 35 Eig.-Erw.-Ges. S. 228 Note c.

Realkredit klingt vielmehr u. A. in folgenden praktischen Streitpunkten aus:

1. Ist die Wirksamkeit der Vorrechtseinräumung bedingt durch den Fortbestand der zurücktretenden Post bis zur Zwangsversteigerung, ist also die Vorrechtseinräumung nur ein im Falle der Kollision beider Hypotheken wirksam werdendes Recht, oder erwirbt der Pr.-Cessionar durch die Pr.-Cession eine von den weiteren Schicksalen der zurücktretenden Post völlig unabhängige absolute Rechtsposition?

2. Ist insbesondere bei der Zwangsversteigerung eine dem betreibenden Gläubiger nachstehende Post, welcher von einer jenem vorgehenden das Vorrecht eingeräumt ist, dadurch zu einer vorstehenden in dem Sinne geworden, daß sie in das geringste Gebot aufzunehmen, die zurücktretende Post aber aus dem geringsten Gebote zu entfernen ist?

3. Macht der Pr.-Cessionar, wenn er bei der Kaufgelderbelegung zur Hebung gelangt, sein oder des Cedenten Pfandrecht geltend, muß daher auf dem korrealhaftenden Grundstücke die Post des Cedenten oder die des Cessionars gelöscht werden?

4. Wird durch die Vorrechtseinräumung die zurücktretende Post in ihrer Wesenheit derart verändert, daß der Grundstückseigenthümer die Bezahlung der Post verweigern kann, wenn ihm nicht die Hypothek mit dem früheren Rang abgetreten wird, oder ist die Vorrechtseinräumung ein so interner Akt zwischen den beiden Gläubigern, daß der Grundstückseigenthümer bei der Zahlung lediglich das Recht auf Abtretung der Hypothek ohne Anspruch auf ein bestimmtes Vorrecht hat?.

Man kann getrost behaupten, daß hier wie auf allen Grenzgebieten des dinglichen und obligatorischen Rechtes lediglich die Unklarheit über den Begriff der Dinglichkeit Schuld an all den ungelösten Problemen ist, die die Wissenschaft in dieser Lehre fortwährend beschäftigen.

Zuvörderst muß hervorgehoben werden, daß es sich bei der Vorrechtseinräumung vom Standpunkte der herrschenden Theorie aus nicht um den Gegensatz von Persönlichkeit und Dinglichkeit, sondern lediglich um den von Relativität und Absolutheit handeln sollte. Denn da weder die Forderung noch das Pfandrecht noch der Rang einer Hypothek etwas Reales ist, so kann von einer unmittelbaren

Herrschaft des Berechtigten über die Sache, also von Dinglichkeit im Sinne der herrschenden Meinung nicht die Rede sein. Ist aber ein Institut mit absolutem Charakter in Frage, so wird nicht mit allgemein begrifflichen Erwägungen, sondern lediglich auf der Grundlage des positiven Rechtes eine Klärung der Streitfragen versucht werden können. Und da es sich um eine Frage des Immobiliarpfandrechts, also des Grundbuchrechts, handelt, so wird es einer näheren Rechtfertigung nicht bedürfen, wenn von dem gemeinen Recht[15]) abstrahirt und von den hier allein in Frage kommenden Landesgesetzgebungen die preußische Gesetzgebung zur Grundlage der dogmatischen und kritischen Erörterungen gemacht wird. —

A.

Die preußische Gesetzgebung beschränkt sich in dem §. 35 des Eigenthumerwerbsgesetzes vom 5. Mai 1872 darauf, die Einräumung des Vorrechts an einen nachstehenden Gläubiger für zulässig zu erklären, den Inhalt der Vorrechtseinräumung dahin zu bestimmen, daß die Einräumung des Vorrechts für das Kapital sich auch auf die Nebenleistungen beziehe, und daß das Vorrecht der Zwischenposten durch die Einräumnng nicht geändert werden soll. Zu der Auffassung des Hofreskriptes vom 29. November 1790, welche in der Vorrechtseinräumung eine Art Intercession erblickt — eine Auffassung, die in einzelnen Stellen des A. L.-R.[16]) und in der Hypothekenordnung von 1783[17]) sich wiederfindet — ist im Eigenthumerwerbsgesetze Stellung nicht genommen. Man kann Förster-Eccius[18]) zustimmen, daß der Rechtsgedanke der Verpfändung unentwickelt geblieben ist, und daß die Charakterisirung der Vorrechtseinräumung als eines bedingten Pfandrechts dem Parteiwillen nicht entspricht. Die Verpfändung einer Forderung stellt sich als eine

---

[15]) Vgl. l. 21 C. ad Sen. cons. Vellej. 4. 29 (obligatorische Wirkung), l. 12 §. 4 D. qui pot. 20. 4, l. 12 pr. D. qu. mod. pign. 20. 6 (dingliche Wirkung), l. 16 D. qui pot. 20. 4 (Rechte der Zwischenhaber); vgl. Windscheid I §. 247, Dernburg, Pfandrecht II §. 158.

[16]) §§. 222, 230 I 14. 499 I 20. Die Grundsätze von der Intercession der Frauen sollen auch bei Vorrechtseinräumungen Platz greifen.

[17]) I §. 59. Vorrechtseinräumung ist Kautionsbestellung, bedingte Verpfändung.

[18]) III S. 544, vgl. auch Küntzel a. a. O. S. 95.

Beschränkung des zurücktretenden Gläubigers in der Verfügung über seine Post dar, die ihre Wirkung äußert, wenn der Pfandgläubiger sein Pfandrecht realisirt; bei der Vorrechtseinräumung aber liegt es nicht in der Absicht der Parteien, den das Vorrecht einräumenden Gläubiger in der Verfügung über seine Post zu beschränken, ganz abgesehen davon, daß hier ein Pfandrecht als existent anerkannt werden würde, ohne daß die vom preußischen Rechte für die Verpfändung sonst vorgeschriebenen Maßregeln und Zeichen (Aushändigung der Urkunde, Denunziation an den Schuldner) gewahrt sind.

Ist nach alledem die auf der altpreußischen Gesetzgebung fußende Charakterisirung der Vorrechtseinräumung als Pfandrecht für das neue preußische Recht nicht weiter aufrecht zu erhalten, so wird es sich weiter darum handeln, welche Konstruktion dem §. 35 des zitirten Gesetzes gerecht wird. Aus der Schlußbestimmung dieses Paragraphen, wonach die Rechte der Zwischenposten durch die Vorr.-Einräumung nicht geändert werden sollen, in Verbindung mit §. 86 der Gr.-B.-O., wonach zur Einräumung des Vorrechts eine darauf gerichtete Erklärung des Einräumenden genügt, ergiebt sich als unzweifelhafter Rechtssatz für das preußische Recht, daß zur Einräumung des Vorrechts weder die Zustimmung des Grundstückseigenthümers noch die der Zwischenposten erforderlich ist.

a) Hält man hieran fest, so kann für das preußische Recht nur diejenige Konstruktion angenommen werden, welche nicht nur die Rechtsstellung der Zwischenhypothekare unberührt läßt, sondern auch die Rechtslage des Eigenthümers möglichst wenig verschlechtert. Weil beide zu dem Geschäfte nicht zugezogen sind, deshalb kann die Vorr.-Einräumung weder als Lokuscession[19] (Aenderung der Rangordnung) noch als völliger Hypothekenaustausch[20] (Aenderung von Rang und Forderung) noch überhaupt als ein Geschäft mit schlechthin absoluter Kraft erachtet werden. Durch alle diese Konstruktionen würde der Satz res inter alios acta nec aliis nocet nec prodest verletzt und insbesondere gegen den Grundsatz verstoßen werden, daß die Verpflichtung des

[19]) Das ist der Standpunkt der Just.-Min. Reskr. vom 7. Dez. 1838 (JMB. 1839 S. 6) und 19. Dez. 1839 (JMBl. 1840 S. 2), woraus — die jetzt reprobirte Auffassung — gefolgert wird, daß ohne Zustimmung des Pr.-Cessionars die zurücktretende Post nicht gelöscht werden kann.

[20]) Vergl. auch §. 52 Ges. v. 5. Mai 1872. Die Hypothek kann nur gemeinsam mit dem persönlichen Rechte abgetreten werden.

Schuldners durch die Abtretung des Rechtes niemals erschwert werden darf (§. 408 I 11 A.=L.=R.).

Der Schuldner muß sich wohl in der Cession eine Aenderung in den subjektiven Beziehungen der Forderung gefallen lassen; an dem objektiven Bestande der Forderung aber, an gewissen Qualitäten des Rechtes, darf zu seinem Nachtheile nichts geändert werden.

Die letztgedachten Konstruktionen, bei welchen der Rang der Post (sei es mit, sei es ohne die Forderung) geändert wird, beeinflussen jedoch unter Umständen die Rechtslage zum Nachtheile der Zwischenhypothekare und des Eigenthümers.

1. Nimmt man nämlich an, daß durch die Einräumung des Vorrechts seitens des Primus an den Tertius nicht blos ein relatives Verhältniß zwischen Primus und Tertius beziehungsweise ihren Rechtsnachfolgern begründet, sondern der Zustand der Posten absolut derart verändert wird, daß der vortretende Gläubiger an Stelle des zurücktretenden tritt, beispielsweise die Post 3 bis zum Betrage des eingeräumten Vorrechts geradezu die Post 1 wird, die Löschung der Post 1 also der Post 3 nicht mehr schadet, so werden die Rechte der Zwischenposten berührt, weil die Post 1 vielleicht mit Erfolg hätte angefochten werden können, was bei der Post 3 nicht der Fall zu sein braucht. Es wird also die Befugniß der Zwischenhypothekare zur Bekämpfung der ihnen vorgehenden Post beschränkt und entzogen und dadurch der §. 35 verletzt.

Ist übrigens die zurücktretende Post eine Kautionshypothek, so müssen selbst die Vertheidiger der absoluten Kraft der Vorrechtseinräumung anerkennen, daß die Nachhypothekare vorrücken, sobald jene gegenstandslos und gelöscht wird, und daß dieses Recht durch eine Prioritatseinräumung nicht verkümmert werden kann.[21]) Hält man also den schlechthin absoluten Charakter der Vorrechtseinräumung fest, so ist man genöthigt, je nachdem die zurücktretende Post eine Kautionshypothek oder nicht ist, der Vorrechtseinräumung einen verschiedenen Charakter zu geben.

2. Würde die Vorrechtseinräumung schlechthin absolute Kraft haben, der zurücktretende Gläubiger in allen Punkten als ein nachstehender gelten, so müßte, wenn der Prioritätscessionar die Zwangsversteigerung betreibt, der Anspruch des zurücktretenden Gläubigers im Sinne

---

[21]) Dernburg, I. §. 334.

des §. 22 Abs. 1 des Gesetzes vom 13. Juli 1883 nicht als ein dem Rechte des betreibenden Gläubigers vorgehender Anspruch erachtet werden, deshalb nicht in das geringste Gebot fallen, nicht in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen, sondern fällig werden. Dadurch wird aber, obwohl der Schuldner zur Vorrechtseinräumung nicht zugezogen ist, das Recht des Schuldners verletzt; denn die Aufrechterhaltung der gesetzlichen Kaufbedingungen, welche bezwecken, durch Erweiterung des Bieterkreises bei Beschränkung der Baarzahlung einen höheren Preis zu erzielen, ist auch ein Recht des Schuldners. Ob man nicht bei Emanation der Subhastationsordnung vom 13. Juli 1883 sich die eingetragene Prioritätseinräumung als schlechthin absolut wirkend gedacht hat, kann zweifelhaft sein. Jedenfalls ist man zu einer solchen, ohne Noth in die Rechtssphäre Dritter eingreifenden, Behandlung der Prioritätseinräumung nicht schon um deswegen gedrängt, weil das Gesetz für die Feststellung des geringsten Gebots zunächst auf den Inhalt des Grundbuchs verweist und in der die Rangordnung der Rechte und Forderungen betreffenden Bestimmung des Gesetzes der §. 35 des Eigenthumserwerbsgesetzes ausdrücklich unter den maßgebenden Vorschriften angezogen wird (S. 28).[22])

Nach alledem kann für das preußische Recht von einer schlechthin absoluten Kraft der Vorrechtseinräumung nicht die Rede sein. Wenn Dernburg[23]) meint, daß nur eine von den weiteren Schicksalen der zurücktretenden Post dem Zwecke des Instituts und der Absicht der Betheiligten entspreche, so ist übersehen, daß der Parteiwille keine Kraft hat gegenüber entgegenstehenden Rechten Dritter, und daß die Eintragung der Prioritätseinräumung absolute Kraft auch gegenüber dem Eigenthümer des Grundstücks und allen sonstigen Realinteressenten deshalb nicht gewähren kann, weil die Eintragung sich ohne Zuziehung derjenigen vollzieht, gegen welche sie absolute Kraft verleihen soll. Wenn daher die höchsten Gerichtshöfe in feststehender Judikatur für das preußische Recht[24]) angenommen haben, daß durch

---

22) Krech u. Fischer, das pr. Ges. betr. d. Zwangsvollstreckung i. d. unb. Verm. S. 303. Anders Förster-Eccius III. 546.

23) A. a. O. Anm. 8.

24) Entsch. des Ob.-Trib. Bd. 6 S. 359. Bd. 63 S. 187, Strieth., Archiv Bd. 89 S. 191, Entsch. d. Reichsger. Bd. 16 S. 249. Bd. 19 S. 345.

die Prioritätseinräumung weder die Forderung noch die Stelle ausgetauscht werde, daß die Prioritätscession lediglich zwischen den Parteien obligatorische Wirkungen, und auch diese nur für den Fall äußere, wenn beide Forderungen mit einander in Kollision kommen, daß eine Löschung der zurücktretenden Post auch ohne Zustimmung des vortretenden Gläubigers erfolgen könne, und daß im Falle der Löschung der zurücktretenden Post die Zwischenposten aufrücken und die Vorrechtseinräumung gegenstandslos werde, so wird diese Auffassung als dem Gesetz entsprechend durchaus gebilligt werden müssen. Insoweit kann man von konstanter Praxis sprechen.[25])

b) Ueber den Inhalt des obligatorischen Rechtes gehen allerdings in der preußischen Judikatur die Meinungen weit auseinander. Besteht der Inhalt der Verpflichtung des Prioritätscedenten lediglich in der negativen Obligation, bei einer Kollision beider Pfandrechte den Vorrang nicht geltend zu machen, also die Schranken, welche das prioritätische Pfandrecht für das an sich nachstehende bildet, fortfallen zu lassen und so dem nachstehenden die Ausübung seines eigenen Pfandrechts zu ermöglichen? oder besteht der Inhalt der Obligation in der positiven Verpflichtung des Prioritätscedenten, die bei der Kaufgelderbelegung auf ihn fallende Hebung dem Cessionar zu überweisen beziehungsweise zu gewähren? Mit anderen Worten: macht der Prioritätscessionar bei der Kaufgelderbelegung sein eigenes Pfandrecht geltend, oder ist der Prioritätscedent verpflichtet, sein Pfandrecht zum Besten des Cessionars geltend zu machen? Gegenüber Paris[26]) steht die Mehrzahl der preußischen Rechtslehrer[27]) auf dem ersteren Standpunkt, und der V. Civilsenat des Reichsgerichts hat, abweichend von seiner früheren Auffassung,[28]) sich ihnen nunmehr angeschlossen,[29]) angeblich weil es dem Vertragswillen der Kontrahenten nicht entspräche, daß der Prioritätscedent den Cessionar aus seinen Mitteln befriedige. Aber die Gründe sind nicht überzeugend.

Handelt es sich bei der Vorrechteinräumung um zwei im Rang unmittelbar aufeinander folgende Posten, dann mag die rein nega-

[25]) Entsch. d. Reichsger. Bd. 19 S. 344.

[26]) A. a. O. S. 88/89.

[27]) Förster-Eccius, Krech u. Fischer, Jäckel, Turnau u. A.

[28]) Entsch. d. Reichsger. Bd. 6 S. 307.

[29]) Entsch. d. Reichsger. Bd. 16 S. 250.

tive Obligation des Prioritätscedenten, sein Pfandrecht zum Nachtheile des Cessionars nicht geltend zu machen, dem Zwecke der Vorrechtseinräumung gerecht werden und dem Vertragswillen entsprechen, denn dann rückt der Nachhypothekar ohne Weiteres an die Stelle des Cedenten.[30])

Stehen aber Rechte zwischen Prioritätscedent und Prioritätscessionar, so ist mit der rein negativen Obligation des Cedenten dem Cessionar nicht geholfen, weil das, was der Cedent aufgiebt, die Zwischenhypothekare erhalten würden. Dieses Bedenken ist dem Reichsgerichte nicht entgangen. Die meisten Schwierigkeiten, sagt es Bd. 16 S. 250, bietet das Verhältniß der Zwischenhypothekare. Es glaubt aber alle diese Schwierigkeiten damit abgethan, daß es ausführt, man müsse annehmen, daß in demselben Umfange, wie sie früher durch die Hypothek des Zurücktretenden beschränkt wurden, sie infolge der Prioritätscession durch den vertretenden Gläubiger zurückgedrängt werden.

Diese Deduktion ist unzutreffend. Wenn die Zwischenhypothekare durch den Prioritätscessionar zurückgedrängt werden sollen, kann sich der Inhalt der Prioritätscession nicht in einem rein negativen Verhalten des Cedenten erschöpft haben; denn der Cessionar hat nicht kraft eigenen Rechtes ein Recht die Zwischenhypothekare zurückzudrängen; er kann die Zwischenhypothekare nur ausschließen mit einem ihm vom Cedenten übertragenen Rechte. Dieses Recht kann, da der Cedent nur ein Pfandrecht hat, lediglich ein Ausfluß aus einem Pfandrechte sein. Soll also der Prioritätscessionar die Zwischengläubiger verdrängen können, so muß er gerade das Pfandrecht des **Cedenten** geltend machen. Dieser Konsequenz kann sich auch **Förster-Eccius**[31]) nicht entziehen, wenn er sagt, das Pfandrecht des Prioritätscedenten würde dabei nur insofern geltend gemacht, als er die Zwischengläubiger ausschließt. Wenn er aber fortfährt, daß gegenüber dem Grundstückseigenthümer und den hinter dem Cessionar der Priorität stehenden Realberechtigten das Pfandrecht des Cedenten nicht erschöpft werde, sondern nach wie vor geeignet bleibe, gegen

---

30) Dieser Fall lag der gemeinrechtlichen Entscheidung des 3. Civilsenats Bd. 12 S. 204 zu Grunde, welche entgegen der Entscheidung Bd. 6 S. 307 zu gleichen Ergebnissen wie die Entsch. in Bd. 16 S. 244 gelangt.

31) III S. 546.

das Grundstück geltend gemacht zu werden, daß der Cedent noch immer aus dem Grundstücke Befriedigung verlangen könne, aber nur an der Stelle des vorweg befriedigten Cessionars und daß der Cedent bis an diese Stelle, beschränkt durch alle Zwischenposten zurücktreten müsse, so ist dem Folgendes entgegenzuhalten.

Insoweit der Prioritätscessionar ex sese, d. h. auch ohne die Prioritätscession zur Hebung gelangt, tritt die letztere überhaupt nicht in Kraft; denn die Prioritätscession soll ihre Wirkung nur in dem Fall äußern, daß das Pfandrecht des Primus dem Tertius Abbruch thut. Kommt aber der Tertius lediglich mit Hülfe des Primus zur Hebung, hat also der letztere sein Pfandrecht dazu geltend gemacht, um die Zwischenhypotheken zu verdrängen und den Pfanderlös dem Prioritätscessionar zuzuführen, so ist das Pfandrecht des Primus sowohl gegen die Zwischenposten als gegen den Grundstückseigenthümer erschöpft.

Was will der Prioritätscedent mehr als Befriedigung aus dem Pfande? Was er mit dem Erlöse macht, ob er ihn für sich behält, oder ob er ihn kraft obligatorischer Verpflichtung einem anderen überträgt, — was geht das den Eigenthümer an? Will man also in der Prioritätscession nicht direkt eine Cession der Forderung oder eine Cession des Locus oder einen Austausch der Hypotheken erblicken, so stellt sie sich dar als die obligatorische Verpflichtung des Cedenten, im Bedürfnißfalle sein Pfandrecht zu Gunsten des Cessionars geltend zu machen und diesem den entsprechenden Theil des Pfanderlöses auszuantworten. Wenn Krech und Fischer[32]) eine Art Sozietätsvertrag konstruiren und ausführen, es werde aus dem Pfanderlöse der vor- und zurücktretenden Post eine gemeinschaftliche Masse gebildet und aus dieser dem Cessionar von dem Cedenten Befriedigung gewährt, so mag eine solche Auffassung der Sache vom praktischen Leben acceptirt und schon deshalb adoptirt werden, um zu zeigen, wie die Rechte der Zwischenhypothekare durch diese obligatorischen Beziehungen zwischen Prioritätscedent und Prioritätscessionar nicht berührt werden; aber juristisch betrachtet ist diese Konstruktion falsch; es entsteht keine Sozietät zwischen den Kontrahenten der Prioritätscession; denn insoweit Hebungen auf die vortretende Post von der Prioritätscession abgesehen fallen, tritt die

---

[32]) a. a. O. S. 302.

Prioritätscession überhaupt nicht in Wirksamkeit. Der Prioritätscedent kann daher niemals etwas erhalten qua socius des Prioritätscessionars; sondern entweder fällt er aus, oder was er perzipirt, hat er kraft eigenen Rechtes, weil er, insoweit der Prioritätscessionar aus eigenem Rechte zur Hebung gelangt, seiner obligatorischen Pflichten ledig ist. Insoweit aber der Prioritätscessionar lediglich durch die Prioritätscession zur Hebung kommt, wird die Forderung des Cedenten, nicht die des Cessionars, aus den Kaufgeldern getilgt, und ist daher die erstere auf dem korrealverhafteten Grundstücke zu löschen.

Wie unbillig die entgegengesetzte Auffassung ist, wie wenig sie dem Rechtsbewußtsein entspricht, und wie sehr sie den Grundstückseigenthümer schädigt, ergiebt der Fall, welcher der Entscheidung des Reichsgerichts im 16. Bande (S. 244) zu Grunde liegt. Dort hatte ein voreingetragener Gläubiger, der hinter 216 000 Mk. stand, einer späteren Hypothek das Vorrecht eingeräumt — offenbar gegen pekuniäre Vortheile —, hatte dieser dadurch bei der Subhastation zur Hebung verholfen, während er seinerseits gerade in Folge der Prioritätscession ausfiel, und nahm dann den Grundstückseigenthümer auf Grund des Ausfalls mit der persönlichen Klage in Anspruch. Der Einwand des Letzteren, daß das Verhalten des Prioritätscedenten ihm gegenüber dolos sei, wurde verworfen, und der Grundstückseigenthümer zur Zahlung verurtheilt. Man bedenke, welche Ungerechtigkeit hierin liegt: einer nachstehenden Hypothek, für welche der Grundstückseigenthümer, eben weil sie nicht ausreichende Sicherheit hatte, vielleicht exorbitante Zinsen hat zahlen und bei deren Erlangung er vielleicht ein beträchtliches Damno hat in Kauf nehmen müssen, wird von einem anderen Gläubiger zur Hebung verholfen, obwohl das Grundstück vielleicht so überlastet war, daß der nachstehende Hypothekengläubiger bei normalen Verhältnissen auf eine Befriedigung aus den Kaufgeldern nicht hat rechnen dürfen. Man erwäge nur, in welch' unglückliche Stellung der Grundstückseigenthümer erst dann geräth, wenn er nur für die zurücktretende Post, nicht aber für die vortretende Post persönlich verhaftet war. Förster-Eccius[33]) selbst scheut zurück vor den Konsequenzen seiner Ansicht in den Fällen, wo der zurücktretende Gläubiger und ein Zwischengläubiger eine Korrealhypothek an demselben Grundstück haben, und wo der erstere auf dem

[33]) III S. 548 Nr. 18.

einen Grundstücke dem X. und auf dem anderen Grundstücke dem Y. die Priorität einräumt. Während der Zwischengläubiger erwarten konnte, nach einmaliger Zahlung der Post aus dem Gesammterlöse des Grundstücks befriedigt zu werden, beansprucht jetzt bei dem einen Grundstücke X. und bei dem anderen Y., vor dem Zwischenhypothekar zur Befriedigung zu gelangen. Wird man es nicht in solchen Fällen, fragt Eccius, als eine unzulässige Aenderung des Vorrechts der Zwischenposten zu verzeichnen haben, wenn solche Ansprüche erhoben werden? wird also nicht der Zwischengläubiger nach einmaliger Zahlung der Vorschuld bei dem anderen Grundstücke vorweg Befriedigung finden können? Gegen Krech und Fischer[34]) ist auf die Frage mit einem unbedingten Ja zu antworten; denn dadurch, daß der Prioritätscedent einem Hintermanne zur Befriedigung verhilft, hat er sein eigenes Pfandrecht geltend gemacht. Auf Grund eigenen Rechtes würde der Prioritätscessionar niemals vor dem Zwischengläubiger Befriedigung erlangt haben. Alle Gründe, die Krech und Fischer dagegen geltend machen, sind unzutreffend. Gewiß, jedes Grundstück haftet dem Primus ganz; er kann auf seine Befriedigung aus jedem verzichten. Falsch aber ist der Nachsatz: „daß der Primus dies nicht zu Gunsten des Grundstückseigenthümers im Wege der Löschung, sondern zu Gunsten eines Zwischenhypothekars thut, ist für die Zwischenhypothekare völlig gleichgiltig." Verzichtet der Primus zu Gunsten des Grundstückseigenthümers, wird also das Pfandrecht gelöscht, so rückt der Zwischenhypothekar vor. Zu Gunsten der Nachhypothekare verzichten, ist gerade so, wie Entsagen zu Gunsten eines Nichterben, ein Akt der Veräußerung, und wenn lediglich durch einen solchen Akt der Veräußerung der Nachhypothekar zur Hebung gelangt, so ist eben die Post des Primus, nicht die des Tertius getilgt. Daß lediglich die Post des Primus, nicht die des Tertius getilgt ist, ist die unabweisbare Konsequenz aus der Ablehnung der Vorrechtseinräumung als eines schlechthin absoluten Geschäfts (Stellenwechsels), ein unabweisbares Resultat aus der Annahme, daß der Tertius zur Hebung vor den Zwischencessionaren lediglich aus dem Rechte des zurücktretenden Pfandanspruchs gelangen kann.

c) Mag aber auch die Vorrechtseinräumung lediglich ein obli-

---

[34]) a. a. O. S. 302.

gatorisches, durch Eintragung mit absoluter Kraft gegen die dritten Inhaber der Post versehenes Geschäft und nicht Stellenwechsel oder Hypothekenaustausch sein, so ist doch auch für das preußische Recht die Vorstellung abzuweisen, daß durch die Vorrechtseinräumung die Forderung „nicht wesentlich verändert" wird, daß der Grundstückseigenthümer daher nicht verlangen kann, daß ihm gegen Zahlung der zur Fälligkeit gebrachten Hypothek die frühere Priorität gewährt werde.

Vom wirthschaftlichen Standpunkt aus ist diese hier reprobirte Auffassung, die das Reichsgericht und namhafte preußische Rechtslehrer theilen,[35]) unannehmbar. Man denke an den von Strohal supponirten Fall, daß ein Grundstück an erster Stelle mit 1000 Mark belastet und daß an letzter durch den Werth des Grundstücks nicht mehr gesicherten Stelle sich eine gleiche Hypothek, vielleicht vor 10 Jahren nicht kündbar, befindet, daß der Grundstückseigenthümer, um den ersten Gläubiger, dessen Forderung gekündigt und fällig ist, abzustoßen, mit einem Bankinstitute bereits in Verbindung getreten ist und von diesem die Gelder zur Abstoßung der ersten Hypothek gegen Uebernahme derselben zugesichert bekommt, und daß im letzten Momente vor der Bezahlung des Geldes der Primus dem Ultimus das Vorrecht einräumt. Soll, wenn in Folge davon die Bank ihr Geld zurückzieht, der Primus das Grundstück zur Subhastation bringt, der Eigenthümer sich alles das gefallen lassen müssen, mit verschränkten Armen seinem Ruin entgegensehen, weil er bei der Bezahlung der Post des Primus keinen Anspruch darauf hat, daß ihm die Post mit dem alten Vorrecht abgetreten werde? Das geht gegen die natürliche Auffassung der Dinge und kann daher auch juristisch nicht richtig sein.

Das Reichsgericht deduzirt folgendermaßen: Gesetzlich habe der voreingetragene Gläubiger das Recht, sein Vorrecht einem Nachmann abzutreten. Ob der nicht zugezogene Grundstückseigenthümer eine solche Rechtshandlung wider sich gelten lassen müsse oder nicht, könne dahin gestellt bleiben. Auch im letzteren Falle rechtfertige sich sein Anspruch auf die positive Leistung der Wiederherstellung der früheren Rangordnung nicht, denn da im vorliegenden Falle der klagende Hypothekengläubiger nur die dingliche Klage anstellt, bestehe ein obligatorisches Verhältniß

[35]) Entscheid. des Reichsger. Bd. 9 S. 250; Förster-Eccius III S. 547; Paris a. a. O. S. 36.

zum Beklagten nicht. Allerdings habe der Kläger im Falle der Tilgung der Hypothek die Pflicht, die Post auf Verlangen des Eigenthümers abzutreten; diese Verpflichtung aber beruhe lediglich auf dieser besonderen, nicht der Natur des gegebenen Rechtsverhältnisses, sondern der allgemeinen Rücksicht auf die Erleichterung des Realkredits entspringenden gesetzlichen Bestimmung und sei in dieser erschöpft. Ein Mehreres als diese Abtretung könne nicht beansprucht werden; es fehle deshalb an einem Rechtsgrund, aus welchem eine Verpflichtung für den Kläger hergeleitet werden könne, die Rechtshandlung, welche er unter Beifall des im angezogenen §. 35 enthaltenen Gesetzes vorgenommen habe, durch eine besondere andere Rechtshandlung wieder zu beseitigen. Es würde aber auch einer solchen nicht bedürfen, wenn die Ansicht des Beklagten von der Unverbindlichkeit der Prioritätseinräumung für den Grundstückseigenthümer richtig wäre. Denn wenn das Recht aus §. 35 des Gesetzes an die Dauer des Pfandrechts gebunden sei, der Eigenthümer aber im Falle der Cession der getilgten Post an ihn nicht als Rechtsnachfolger des früheren Gläubigers, sondern aus eigenem Recht über das erworbene Recht verfüge, so würde die Vorrechtseinräumung zugleich mit der Tilgung der zurückgetretenen Post und durch diese von selbst ihre Wirkung verlieren und auf den einseitigen Antrag des Eigenthümers gelöscht werden müssen, sobald dieser die Tilgung nachweise. Deshalb müsse Beklagter sich auf jeden Fall mit der Cession an sich begnügen, ohne ein Recht auf Wiederverschaffung der früheren Priorität zu haben. So weit das Reichsgericht.

Es ist bedauerlich, daß das Reichsgericht die Frage, ob denn die Vorrechtseinräumung für den nicht zugezogenen Grundstückseigenthümer Wirkung habe oder nicht, hat dahingestellt sein lassen. Hätte es zu der Frage Stellung genommen, so hätte die Entscheidung wohl anders ausfallen müssen. Es kann zuvörderst nicht geleugnet werden, daß, wenn die Parteien die Prioritätseinräumung eintragen, ihrem vom Gesetz anerkannten Willen gemäß jeder dritte Rechtsnachfolger des Pr.-Cedenten gebunden wird. Fraglich allein kann erscheinen, ob der die Post zahlende, aber nicht zur Löschung bringende Grundstückseigenthümer in dieser Hinsicht anders gestellt ist, als jeder andere Singularsuccessor der Post. Paris meint: Zu den Singularsuccessoren des Prioritätscedenten gehöre der Eigenthümer des Pfandgrundstücks nur dann, wenn die Hypothek

durch freiwilligen Vertrag von dem Gläubiger erworben, dieser sie ihm also als sein noch bestehendes Recht cedirt habe; außerdem hafte der Eigenthümer aus der Vorrechtseinräumung nur, wenn er Erbe des Cedenten geworden ist.

Aber dieser Meinung kann nicht beigetreten werden.

Der Eigenthümer, der eine, sei es durch Zahlung, sei es durch freiwillige Cession, erworbene Hypothek nicht löscht, sondern fortbestehen läßt, ist immer Singularsuccessor des Hypothekengläubigers; nur als Rechtsnachfolger kann er das hypothekarische Recht erwerben und haben; der originäre Erwerb einer Hypothek an seinem eigenen Grundstücke steht ihm nicht zu. Von der Anwendung des Satzes resoluto jure dantis resolvitur jus concessum kann keine Rede sein. Das Pfandrecht geht nicht objektiv unter, sondern erhält sich bis zur Löschung kraft positiven Rechtes in der Person des Eigenthümers. Nur eine Aenderung in dem Rechtssubjekte des Pfandrechts tritt ein, und deshalb ist die Annahme verfehlt, daß die Vorrechtseinräumung untergehen müsse, weil sie an die Dauer des Pfandrechts geknüpft sei, mit dieser von selbst erlösche. So wenig die Wirkung der Vorrechtseinräumung untergeht, wenn der zurücktretende Gläubiger die Post an einen andern abtritt, die Hypothek also für ihn zu sein aufhört, so wenig gehen die Wirkungen der Vorrechtseinräumung unter, wenn dem zahlenden Grundstückseigenthümer die Post kraft gesetzlicher Anordnung cedirt werden muß. Das Pfandrecht ist kraft positiven Gesetzes wach gehalten, und deshalb müssen es auch alle Modalitäten des Pfandrechts in der Person des Grundstückseigenthümers sein.

Das Gesetz (§. 63) spricht geradezu von einer Abtretung der gezahlten Post, man kann daher die Singularsuccessorenqualität des Grundstückseigenthümers nicht leugnen. Wie denkt man sich denn die Rechtsverhältnisse, wenn der Grundstückseigenthümer die Post nur zahlt und erwirbt, um sie sofort wieder weiter zu begeben?

Will man etwa annehmen, daß nur solange die Vorrechtseinräumung unwirksam sei, solange der Grundstückseigenthümer die Post habe, daß aber, wenn der Grundstückseigenthümer die Post weiter cedire, die Bindung des Cessionars von Neuem erst wieder erwache? Oder soll auch ein solcher Rechtsnachfolger des Grundstückseigenthümers an die Prioritätscession nicht gebunden sein? Die publica fides des Grundbuches würde durch die Auffassung von Paris unter-

graben werden. Wie will man es denn, wenn der Prioritätscedent beispielsweise ganz kurze Zeit vor der Fälligkeit diese dem Grundstückseigenthümer cedirt, es der Cession ansehen, ob sie gethätigt ist als Erfüllung eines freiwilligen Veräußerungsaktes oder als Erfüllung der an die Bezahlung der Schuld geknüpften Legalpflicht des Hypothekengläubigers die Post ohne Gewährleistung abzutreten (§. 63 Ges. v. 5. Mai 1872)? Wie will man es der Leistung des Grundstückseigenthümers ansehen, ob sie ist reine Valuta der freiwilligen Cession oder Lösung der bestehenden Hypothekenschuld (solutio)? Die Parteien werden sich hierüber oft selbst nicht im Klaren sein, und so wird der zufällige Wortlaut oft dazu führen, völlig gleichartige Fälle völlig verschieden zu behandeln. Man denke, daß ein Grundstückseigenthümer eine Hypothek, die einer andern die Priorität eingeräumt hat, zu billigerem Zinsfuße placiren kann und den Hypothekengläubiger bereit findet, die Post bezahlt zu nehmen oder sie dem ihm vom Grundstückseigenthümer zugeführten Kapitalisten abzutreten. Würde der Grundstückseigenthümer von dem Kapitalisten selber sich das Geld geben lassen, die Post bezahlen und dem Kapitalisten cediren, so würde die Prioritätscession nach Paris ihre Wirkung verlieren. Würde aber der Eigenthümer die Post gleich von dem ursprünglichen Hypothekengläubiger auf den Kapitalisten umschreiben lassen, so würde die Prioritätscession auch diesen binden. Da man aus dem Grundbuch häufig nicht entnehmen kann, ob die Posten durch die Hände des Grundstückseigenthümers hindurch gegangen sind oder auf sein Betreiben gleich weiter cedirt sind, so fehlt es an jedem sichern Maßstabe, wann die Wirkung der Prioritätscession ihre Endschaft erreiche! Nein! wenn man zugiebt, daß die Prioritätscession in ihrer Wirksamkeit an die objektive Dauer des Pfandrechts geknüpft ist, so muß, so lange das Pfandrecht in der Person des Grundstückseigenthümers fortbesteht, auch dieser die Vorrechtseinräumung gegen sich gelten lassen. Die Annahme, daß die Prioritätseinräumung mit der Tilgung der Post durch den Eigenthümer von selbst ipso jure ihre Wirkung verliere, ist schwer vereinbar mit den Grundsätzen des formalen Grundbuchrechts, wonach die Rechte regelmäßig bis zu ihrer Löschung fortdauern.

Will man aber die Unverbindlichkeit der Prioritätseinräumung für den die Post tilgenden Grundstückseigenthümer mit Paris durch die Erwägung rechtfertigen, daß sonst der letztere geschädigt

werden würde, so setzt man etwas voraus, was gerade zu beweisen ist.

Geschädigt würde der Grundstückseigenthümer nur dann, wenn man annähme, er müsse es sich gefallen lassen, daß ihm bei der Tilgung der Post dieselbe mit einem schlechteren Range cedirt würde, und er könnte sich dieser Fatalität nur dadurch entziehen, daß er die Post (unter Aufgabe seiner durch die Eigenthümerhypothek erworbenen Rechte!) zur Löschung brächte. Aber gerade das ist zu erweisen, daß der Gläubiger einer Post, die der Grundstückseigenthümer bezahlt, noch etwa im letzten Momente vor der Empfangnahme des Geldes der Post einen schlechteren Rang gewähren kann, und daß der Grundstückseigenthümer bei Tilgung der Post sich eine Abtretung derselben ohne das frühere Vorrecht gefallen lassen muß. Wenn das Gesetz dem Grundstückseigenthümer ein Recht auf Abtretung der Post giebt, so muß ihm doch die Post so abgetreten werden, wie er sie konstituirt hat. Der Prioritätscedent hat sicher auch das Recht, die Zinsen oder gewisse andere Commoda der Post abzutreten. Müßte sich etwa der Grundstückseigenthümer auch eine Abtretung der Post mit einem verringerten Zinsfuße gefallen lassen? Wenn aber dem Grundstückseigenthümer die Post abgetreten wird, belastet mit der obligatorischen Verpflichtung, den Erlös bei einer Kollision an einen Nachstehenden herauszugeben, und der Grundstückseigenthümer um der Eintragung willen in diese Obligation eintreten muß, kann er da nicht verlangen, daß, ehe er die Cession entgegennimmt, diese persönliche Verpflichtung beseitigt werde? Was soll denn daraus folgen, daß hier blos die dingliche Klage geltend gemacht werde, und daß zwischen dem Prioritätscedenten und dem Eigenthümer keine Beziehungen bestehen! Jedenfalls besteht doch ein Pfandvertrag; schon aus dem Pfandvertrag aber folgt die Pflicht des Pfandgläubigers, das Pfand unversehrt zurückzugeben; sodann, wenn der Eigenthümer ein Grundstück mit der dinglichen Klage von dem Nichteigenthümer vindizirt, der in der Zwischenzeit Hypotheken oder andere absolut wirkende Rechte auf das Grundstück gelegt hat, — kann er da nicht des dinglichen Verhältnisses ungeachtet Beseitigung dieser Lasten verlangen? Widerspricht es dem Wesen des dinglichen Rechtes, daß derjenige, welcher mit einer dinglichen Klage belangt wird, neben dem dinglichen Herausgabeanspruche noch gewisse Legalobligationen zu erfüllen habe?

Hat das Gesetz dem klagenden Eigenthümer ein Recht auf Abtretung der Post gegeben, so muß sie ihm mit allen Rechten und ohne jede Beschränkung cedirt, mit andern Worten, in dem Zustand übertragen werden, in welchem er sie konstituirt hat. Beschränkungen,[36]) die ohne sein Zuthun auferlegt sind, braucht sich der Grundeigenthümer nicht gefallen zu lassen, und so lange der Hypothekar nicht bereit ist, diesen Zustand zu gewähren oder im Unvermögensfalle für die Beschränkungen entsprechenden Ersatz zu leisten, kann der Grundstückseigenthümer Bezahlung verweigern. Das entspricht auch allein der volkswirthschaftlichen Auffassung der Sache.

Nach alle dem kann man für das preußische Recht die Prioritätscession als eine Verpflichtung des Prioritätscedenten konstruiren, im Fall einer Kollision der vor- und zurücktretenden Post und in dem Falle, daß letztere nicht ohne Weiteres aus dem Grundstücke zur Hebung gelangt, dieser je nach Bedürfniß des Falles entweder durch Nichtgeltendmachung des eigenen Pfandrechts oder, sobald Zwischenhypothekare bestehen, gerade durch Geltendmachung des Pfandrechts zur Hebung nach näherer Maßgabe der Vorrechtseinräumung zu verhelfen, mit andern Worten dem Prioritätscessionar die Gefahr des Ausfalls bedingt und beschränkt zu vertreten. Diese Verpflichtung kann durch Eintragung absolut gemacht werden in dem Sinne, daß sie jeden Erwerber der Post bindet, auch den Eigenthümer, der die getilgte Post auf seinem Namen fortbestehen läßt.

Von einer Dinglichkeit des Verhältnisses im Sinn einer unmittelbaren Herrschaft über die zurücktretende Forderung kann keine Rede sein. Ein schlechthin absolutes Geschäft in dem Sinne, daß die bevorrechtete Post in aller und jeder Beziehung als die vorstehende gilt, kann es nicht sein, da sonst die Rechte des Grundstückseigenthümers und der Zwischenhypothekare dadurch berührt werden würden. Soll ein schlechthin absolutes Geschäft beabsichtigt, also direkt eine Aenderung der Rangordnung intendirt sein, dann ist das nur durch ein Zusammenwirken sämmtlicher Betheiligten, des Grundstückseigenthümers und der Zwischenhypothekare, und zwar nach be-

---

[36]) In der Entsch. des Reichsgerichts Bd. 19 S. 345 ist die Pr.-Einräumung als eine Verfügungsbeschränkung charakterisirt.

stehendem Recht nur so möglich, daß die bestehenden Posten und Zwischenposten gelöscht und eine neue Aenderung der Rangordnung eingetragen wird.

B.

Das hat der Entwurf richtig erkannt, und indem er in §. 841 in der That für die Vorrechtseinräumung eine Zustimmung des Grundstückseigenthümers und der Zwischenhypothekare verlangt, so kann, da er ein von der preußischen Prioritätseinräumung völlig verschiedenes, schlechthin absolutes Institut, nämlich das der Aenderung der Rangordnung, einführen wollte, ihm Anerkennung nicht versagt werden. Mit Recht sagen die Motive, daß, wenn die Betheiligten die Rangordnung durch eine neue ersetzen wollen (III S. 230), dieser Wille nur in der Löschungsbewilligung der Berechtigten und der Wiedereintragungsbewilligung des Eigenthümers sich wirksam bethätige, die Neubegründung der Rechte aber nur mittels dinglichen Vertrags zwischen dem Eigenthümer und den wieder einzutragenden Berechtigten sich vollziehen kann.

Ist die Vorrechtseinräumung zu Stande gekommen unter Zustimmung des Grundstückseigenthümers und der Zwischenhypothekare, dann kann sich Niemand darüber beklagen, daß bei einer Zwangsversteigerung die vortretende Post des Tertius, nicht die des Primus, als eine dem betreibenden Gläubiger vorgehende erachtet wird, dann ist die weitere Stellung der bevorrechtigten Post unabhängig von der Löschung der zurücktretenden, dann wird die Post des Prioritätscessionars, nicht die des Cedenten getilgt, dann ist nicht die letztere, sondern die erstere bei einer Hebung auf den korrealhaftenden Grundstücken zu löschen, dann kann der Grundstückseigenthümer nicht ohne Weiteres bei der Tilgung die Wiederherstellung des früheren Ranges verlangen, wenn er sich das nicht ausdrücklich bei der Ertheilung der Zustimmung vorbehalten hat. Insoweit ist Alles folgerichtig, und es muß dem Entwurfe nachgesagt werden, daß das Institut, das er geschaffen hat, klar und verständlich ist.

Aber der Fehler des Entwurfs liegt meines Erachtens darin, daß er durch unzutreffende Vorstellungen über das Wesen der Dinglichkeit sich hat verleiten lassen, das alte preußische Institut der Vorrechtseinräumung neben seiner Aenderung der Rangordnung zu unterdrücken. Alle Gründe, die für die Unterdrückung geltend gemacht sind, erscheinen nicht stichhaltig. Die

Motive führen aus, daß, wenn die Wirkung der Vorrechtseinräumung auf die beiden vereinbarenden Gläubiger und ihre Rechtsnachfolger beschränkt würde, damit allerdings die Rechtsstellung des Eigenthümers und der Zwischenberechtigten völlig gewahrt bliebe, aber zunächst ein nur höchst unvollkommenes Recht geschaffen würde; und zwar lägen die Unvollkommenheiten darin, daß die Wirkungen der Vorrechtseinräumung fielen, wenn die zurücktretende Post gelöscht oder von dem Eigenthümer durch Befriedigung der Gläubiger erworben oder von den Zwischenberechtigten als ungültig mit Erfolg bekämpft würde, daß aber eine so beschränkte Vorrechtseinräumung kaum von praktischem Werth und zum Theil im höchsten Grade gefährlich sei, weil sie geeignet sei, dem Unkundigen eine Falle zu stellen, der am Ende glaube, eine von dem Fortbestande der zurücktretenden Post unabhängige feste Rangposition zu haben.

Nun ist es aus den oben entwickelten Gründen nicht richtig, daß die Wirkungen der Prioritätseinräumung auch dann fallen, wenn die zurücktretende Hypothek von dem Eigenthümer durch Befriedigung des Gläubigers erworben wird. Löscht dieser die Post nicht, sondern läßt er sie auf seinen Namen weiter stehen, so ist seine Rechtsstellung nicht anders als die eines jeden anderen Cessionars der Post, und deshalb wird der bevorrechtige Gläubiger ihm gegenüber das eingetragene Vorrecht geltend machen können. Hiervon abgesehen, sind allerdings die Wirkungen der preußischen Vorrechtseinräumung richtig charakterisirt. Aber man kann darum einen Rechtszustand, der fast Jahrhunderte in Preußen gegolten hat und heute noch gilt, nicht einen unvollkommenen, unpraktischen und gefährlichen nennen. Man bedenke doch nur, daß es unzählige, ja die Mehrzahl aller Fälle geben wird, wo die beiden Gläubiger, welche die Vorrechtseinräumung vereinbaren wollen, die Zustimmung des Eigenthümers und die Zwischenhypothekare gar nicht oder nur mit schweren Opfern erreichen können, daß sie dann von einer Durchführung der Aenderung der Rangordnung würden absehen müssen. Was dann? — Warum soll der Tertius alsdann nicht mindestens es in der Macht haben, außer dem Primus auch dessen Rechtsnachfolger durch Eintragung zu binden? Weshalb soll es dem Primus gestattet sein, das obligatorische Vorrecht des Tertius durch eine Veräußerung seiner Hypothek ganz aus der Welt zu schaffen? Ist das etwa ein vollkommenerer Rechtszustand,

wie der des preußischen Rechtes? Der Hinweis darauf, daß sich die Gläubiger ihre Hypothekenforderungen gegenseitig verpfänden oder abtreten können, wird doch wohl von den Wenigsten acceptirt werden können. Die Hypothekenforderungen gleichen sich nicht wie fungible Sachen, so daß man Personen, von denen die eine lediglich an Stelle der andern befriedigt werden will, zumuthen kann, sie sollten ihre ganz persönliche und dingliche Rechtssphäre in Ansehung der Hypothek auf den anderen Gläubiger übertragen und dafür die Forderung des Anderen entgegennehmen, vielleicht also eine wucherische Darlehnsforderung eintauschen gegen eine Illatenforderung.

Wenn man ferner darauf hinweist, daß die preußische Vorrechtseinräumung im höchsten Grade gefährlich sei, so fragen wir: haben denn bisher die preußischen Hypothekengläubiger, wenn ihnen Priorität eingeräumt ist, sich dadurch eine Falle stellen lassen und sich über den Inhalt ihres Rechtes Illusionen hingegeben? Man wende nicht ein, daß eben die vom Entwurfe vorgeschlagene Aenderung der Rangordnung bisher noch nicht Rechtens war; denn zuerst ist doch noch der Nachweis zu erbringen, daß die vom Entwurfe vorgeschlagene Aenderung der Rangordnung praktisch werden wird. Welche Eigenthümer und welche Zwischenhypothekare werden denn ohne Weiteres eine Zustimmung in beglaubigter Form geben, zu der sie nicht gezwungen werden können? Und wenn sie praktisch werden sollte und die Vorrechtseinräumung neben der Aenderung der Rangordnung dazu führen könnte, das Publikum zu täuschen, so schaffe man einfach durch eine feste Terminologie Kautelen gegen eine solche Täuschung (S. 30).

Ja, sagen die Motive, eine solche Regelung der Vorrechtseinräumung würde gegenüber dem Deckungsprinzipe des Zwangsversteigerungsverfahrens nicht ohne eine Menge einzelner Bestimmungen verwickelter Natur sich durchführen lassen. In dieser Beziehung aber ist die Besorgniß der Motive unbegründet; wir haben in Preußen das Deckungsprinzip, und man kann aus dem Kommentar von Krech und Fischer[37]) zur preußischen Subhastationsordnung die beruhigende Auskunft entnehmen, daß es nicht einer einzigen verwickelten Bestimmung bedarf. Die rein obligatorische Vorrechtseinräumung

---

[37]) S. 547; vgl. Beschl. d. O.L.G. zu Posen v. 13. Sept. 1887 (W. 40/87).

kommt bei der Feststellung des geringsten Gebots überhaupt nicht in Betracht, weil eben die das Vorrecht einräumende Post dadurch nicht zu einer absolut nachstehenden im Sinne des Gesetzes wird. Diese aus dem Begriffe der relativen Vorrechtseinräumung folgende Konsequenz kann dadurch nicht erschüttert werden, daß das Gesetz vom 13. Juli 1883, wie Eccius geltend macht,[38]) für die Feststellung des geringsten Gebots im §. 55 auf den Inhalt des Grundbuchs verweist und bezüglich der Reihenfolge, in welcher die einzelnen Realforderungen aus dem Kaufgelde zu berichtigen oder in Anrechnung auf dasselbe von dem Ersteher zu übernehmen sind, auf den §. 35 des Eigenthumserwerbs-Gesetzes mit verweist (§§. 29 Absatz 2, 23). Ob man sich bei Emanation des Gesetzes vom 13. Juli 1883 dessen bewußt gewesen ist, daß selbst die eingetragene Vorrechtseinräumung nicht absolute Kraft gegenüber allen Subhastationsinteressenten habe, und ob de lege lata die Auffassung von Krech und Fischer mit Rücksicht auf die bei der Emanation des Gesetzes bestehende Auffassung von dem Wesen der Vorrechtseinräumung zutreffend ist, mag dahingestellt bleiben; jedenfalls verlangt die Konsequenz, daß, wenn die zurücktretende Post dem betreibenden Gläubiger vorgeht, während die bevorrechtete Post ihm nachfolgt, einzig und allein jene in das geringste Gebot mit aufgenommen wird. Die Verweisung auf §. 35 ist übrigens auch so nicht ganz bedeutungslos, sie hat ihren guten Grund.

1. Ist der Pr.-Cessionar betreibender Gläubiger, so äußert sein Vorrecht Wirksamkeit, zwar nicht bei der Feststellung des geringsten Gebots — denn die zurücktretende Post ist trotz der obligatorischen Prioritätscession immer noch eine vorgehende und deshalb zu übernehmende Post —, sondern bei der Kaufgeldervertheilung. Die Rechte der Zwischengläubiger bleiben unberührt, ihre Forderungen werden durch den Verkauf nicht fällig. Reicht das Kaufgeld zur Befriedigung des Pr.-Cessionars nicht aus, liegt also ein Kollisionsfall mit dem Pr.-Cedenten vor, so ist der im geringsten Gebote stehende Cedent wegen der Vorrechtseinräumung verpflichtet, zu gestatten, daß die Forderung des Cessionars, soweit dieselbe ausgefallen ist, an Stelle der seinigen vom Ersteher übernommen werde, und letzterer ist zu solcher Uebernahme auch seinerseits verpflichtet (vgl. §. 58 Ges. v. 13. Juli 1883).

[38]) III S. 546.

2. Ist der Pr.-Cedent oder ein vorstehender Hypothekar betreibender Gläubiger, so werden sowohl die Forderungen des ersteren als die des Pr.-Cessionars fällig. Wenn Krech und Fischer darauf hinweisen, daß eine Masse aus dem Erlösantheile beider gebildet, und der Cessionar vorzugsweise vor dem Cedenten aus dieser befriedigt werde, so ist gegen eine solche Behandlung der Sache hier nochmals das juristische Bedenken geltend zu machen, daß insoweit die bevorrechtete Post ohne Weiteres zur Hebung gelangt, die Pr.-Einräumung nicht in Kraft tritt, der Pr.-Cedent daher niemals eine Hebung qua socius oder Rechtsnachfolger des Pr.-Cessionars erhalten kann, daß aber insoweit der Pr.-Cessionar lediglich in Folge der Pr.-Cession zur Hebung gelangt, er nicht sein, sondern das des Cedenten Pfandrecht geltend macht, und daß daher die Rechte des Cedenten auf den korrealhaftenden Grundstücken erlöschen.

Die Verhältnisse bei der Zwangsversteigerung sind also klar und einfach und können keinen Grund abgeben, das preußische Institut der Vorrechtseinräumung zu unterdrücken. Ausschlaggebend war für den Entwurf vielmehr auch hier die romanistische Vorstellung über das Wesen der Dinglichkeit, das Bedenken, daß ein an sich blos obligatorisches Recht eine gewisse Dinglichkeit erhalten würde oder ein ganz neues dingliches Recht blos für das Verhältniß der hypothekarischen Gläubiger geschaffen werden müßte. „Die Absicht der Betheiligten bei dem Geschäfte der Vorrechtseinräumung", sagen die Motive Bd. III S. 231, „ist regelmäßig die, daß die nachstehende Hypothek den Rang der vorstehenden Post mit dinglicher Wirkung, und zwar nicht blos gegen den zurücktretenden Gläubiger, sondern gegen Jedermann haben solle. Wie aber dieser Absicht die Verwirklichung, ohne mit dem Begriffe des dinglichen Rechts in Widerspruch zu treten, anders als durch die in dem Entwurfe vorgesehene Aenderung der Rangordnung ermöglicht werden kann, ist ein Problem, dessen Lösung bisher nicht gelungen ist."

Gerade das Institut der Vorrechtseinräumung hätte dazu führen müssen, das Dogma von der Dinglichkeit als unmittelbarer Herrschaft über die Sache zu beseitigen. Wo ist bei der Aenderung der Rangordnung eine Sachenherrschaft? Wie kann man überhaupt hier der Unterscheidung von Dinglichkeit und Nichtdinglichkeit einen anderen Sinn unterschieben als den der Absolutheit und Relativität? Die Aenderung der Rangordnung unterscheidet sich von

der preußischen Vorrechtseinräumung in nichts, als daß jene, weil sie unter Zuziehung des Eigenthümers und der Zwischenberechtigten geschieht, Kraft auch gegen diese, also eine so schlechthin absolute Stellung giebt, als wenn die Posten gelöscht und sämmtlich mit neuer Rangordnung eingetragen wären. Die preußische Vorrechtseinräumung aber ist in dem Sinn absolut, daß sie außer den vereinbarenden Parteien nur noch deren Rechtsnachfolger bindet. Also zwischen beiden Instituten ist nur ein quantitativer, nicht ein qualitativer Unterschied. Die eine ist so wenig „dinglich" wie die andere; die eine ist mehr, die andere weniger absolut. Das kann, ohne daß den Unkundigen deshalb Fallen gestellt zu werden brauchen, in der Terminologie genügend klar zum Ausdruck kommen. Bei dem einen Institute kann der Grundbuchvermerk heißen: Die Posten 1 bis 3 sind in ihrer Rangordnung umgestellt; bei dem anderen Institute kann es heißen: Die Post 1 hat der Post 3 im Kollisionsfalle das Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Pfandgrundstück eingeräumt. Aber warum will man, wenn die Parteien die Zustimmung des Eigenthümers oder der Zwischenhypothekare nicht erlangen können oder nicht erkaufen wollen, es ihnen verwehren, wenigstens die Rechtsnachfolger der zurücktretenden Post zu binden? Wenn wir heute ein Grundbuch haben und jedes obligatorische Recht durch Eintragung mit absoluter Kraft gegen einen Kreis bestimmter Personen versehen können, warum sollen wir die Schwächen und die Schutzlosigkeit des römischen Rechtes verewigen? Das preußische Volk würde eine solche Versagung des Rechtsschutzes nicht verstehen, und wir fürchten, der Einheitsgedanke, dem das große nationale Werk eines Deutschen Gesetzbuchs in erster Reihe dienen soll, würde durch eine Uniformirung des Rechtes im römischen Sinne vielleicht nicht gekräftigt werden!

---

3.

# Immobiliar-Miethe und -Pacht,

## im Systeme des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich.

Von Dr. **Leonard Jacobi** in Berlin.

---

## I.

### System des Entwurfs.[1])

Die systematischen Gesichtspunkte des Entwurfs sind, soweit sie für die zu besprechende Materie in Betracht kommen, folgende:

Maßgebend für das Verhältniß der gesetzgebenden Gewalt des Staates zur Selbstbestimmung des Einzelnen (Privatautonomie, Mot. I 10, 126) ist die innere Verschiedenheit des Rechtsstoffs.

„Das Gebiet der Schuldverhältnisse ist der Selbstbestimmung im weiteren Umfange freigegeben, als das Gebiet des Sachenrechts."

„Die *absolute* Natur der auf die Dauer berechneten dinglichen Rechte legt dem Gesetzgeber die Einwirkung näher, als die

---

1) Die nachträglich erschienene Abhandlung von **Boyens**: *Miethe und Pacht* in den Gutachten aus dem Anwaltstande Heft 9 S. 693 ff. konnte nicht mehr benutzt werden. Als Resultat seiner Erörterung verzeichnet *Boyens* S. 708: daß Miethe und Pacht in der Regel nur persönliche und obligatorische Rechtsverhältnisse sind, die aber — außer dem Falle der Subhastation schuldenhalber — von einem Besitzwechsel des Grundstücks nicht berührt werden, vielmehr auf den Besitznachfolger übergehen. Sie können jedoch durch eine auf Bewilligung des Eigenthümers erfolgende Eintragung dingliche Wirkung (mit gewissen Modalitäten) gewinnen. — Schriftform soll auch für nicht eingetragene Mieths- und Pachtverträge erforderlich sein — ohne Rücksicht auf die Höhe des Zinses —, falls der Vertrag auf länger als ein Jahr Geltung haben soll.

relative Natur der der Erledigung zustrebenden Forderungsrechte." (Mot. I 22.)

Aufgabe des Sachenrechts ist es, die dinglichen Rechte (Beziehungen der Person zur Sache) zu ordnen, welche die Sachen entweder als Eigenthum oder als begrenztes Recht ergreifen und regelmäßig absolute Wirkung haben.

Da nun die dinglichen Rechte einen nicht zu verkennenden Gegensatz bilden zu den persönlichen Rechten, so muß das Sachenrecht — „um seine Selbständigkeit zu wahren" — die Erwerbung der dinglichen Rechte nach Gesichtspunkten ordnen, die auf seinem eigenen Gebiete liegen.

Der das Obligationenrecht beherrschende Grundsatz der Vertragsfreiheit hat keine Geltung für das Sachenrecht. (Mot. III 2 f., 77.)

Diese spezifisch sachenrechtlichen Gesichtspunkte sind folgende:

1. Die Zahl der dinglichen Rechte ist eine geschlossene. Die Betheiligten können nur solche Rechte begründen, deren Begründung das Gesetz zuläßt. Das Mieths- und Pachtrecht gehört nicht zu diesen Rechten. (Mot. III 3, 77.)

2. Auch die Rechtsstellung des Besitzers können Miether und Pächter nicht erlangen, denn es giebt überhaupt keinen Rechtsbesitz. Es giebt auch weder unvollständigen Sachbesitz noch juris quasi-possessio, sondern nur Besitz schlechtweg, d. h. Eigenthumsbesitz an körperlichen Gegenständen. §§. 778, 797, Mot. III 2, 25, 78 f.

3. Der Besitz ist u. A. auch Voraussetzung der Uebergabe (traditio) als des „konsensualen Besitzwechsels." Setzt aber der locator den conductor in Mieths- oder Pachtbesitz, so ist diese seine Vertragsleistung keine Uebergabe, nicht einmal juris quasi-traditio, weil es ja neben dem Eigenthumsbesitz andere Besitzarten überhaupt nicht giebt. §. 803, Mot. III 78 f., 90.

Auf dieser Grundlage kann ersichtlich der Inhalt des Willens der Mieths- und Pachtkontrahenten nicht voll zur Geltung kommen. Denn soweit er darauf gerichtet ist, den conductor in ein direktes Rechtsverhältniß zu dem Grundstücke zu setzen oder ihm wenigstens die Rechtsposition des Besitzers zu verschaffen, zeigt sich die Disposition — gegenüber der Nichtanerkennung seitens des Gesetzgebers — als wirkungslos. Sie prallt ab an der Grenze des ihr unzugänglichen, selbständigen Sachenrechts. Die Sachen, namentlich

die Grundstücke, sind insoweit für Pächter und Miether extra commercium, außer Verkehr gesetzt.

Zwar würden die Kontrahenten den sonstigen sachenrechtlichen Prinzipien des Entwurfs — z. B. dem „Konsens-, Formalitäts- und Publizitätsprinzip", Mot. II 3, III 7, 136 — zu genügen, sehr wohl im Stande sein, z. B. durch Uebergabe auf Grund schriftlichen oder notariellen Vertrages. Diese Möglichkeit kommt aber überhaupt nicht in Frage, weil die eigentlich beabsichtigte Leistung, nämlich die Garantie ungestörten Miethsresp. Pachtbesitzes bis zum Ablaufe der Kontraktszeit, rechtlich unmöglich ist.[2]) Nach §§. 105, 108 des Entwurfs folgt hieraus streng genommen die Nichtigkeit des Geschäfts.

Dieser Konsequenz entgeht der Entwurf indessen durch die Annahme, daß die Kontrahenten, — nothgedrungen verzichtend auf die Erreichung ihres eigentlichen Zweckes, — sich mit einer unvollkommenen, nur obligatorischen Wirkung begnügen (§. 114), nämlich mit der persönlichen Verpflichtung des locator, den Gebrauch resp. Fruchtgenuß des Gegenstands, event. statt dessen Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu gewähren. §§. 503, 506, 531 f.

Mit dieser unvollkommenen Wirkung der Privatdisposition können sich — nach Auffassung des Entwurfs — die Betheiligten um so eher zufrieden geben, als die an sich prekäre Stellung des conductor für den Fall des Eigenthumswechsels oder sonstiger Vereitelung seines Rechtes durch Rechtsnachfolger des locator indirekt durch einige Auskunftsmittel aufgebessert wird; nämlich:

1. durch die in §. 509 aus Billigkeit zugestandenen Kündigungsfristen;

---

[2]) Es ist also nicht der Wille der Betheiligten maßgebend für die zu erwerbende Rechtsposition, sondern der Wille des Gesetzgebers, welcher vermittelst des von ihm aufgestellten Systems der Selbstbestimmung den Riegel des „Nichtwollendürfens" (Windscheid, Pand. Bd. 1 §. 37 Anm. 3) vorschiebt und der Selbstbestimmung einen anderen Willensinhalt unterschiebt. — Verstehen wir mit Dernburg, Pand. Bd. 1 §. 39 das Recht im subjektiven Sinn als „den dem Einzelnen nach der Rechtsordnung zustehenden Antheil an den Lebensgütern", so sehen wir hier einen Eingriff des Gesetzgebers geplant, kraft dessen der großen Masse der Mitlebenden ihr Antheil an den Lebensgütern zu Gunsten einer kleinen Minderheit beschnitten wird. — Jacobi, Miethe und Pacht. Ihre Stellung in der Kulturgeschichte 2c. S. 4 f., 8 ff.

2. durch die unmittelbare Berechtigung des conductor aus dem Versprechen des Rechtsnachfolgers nach §§. 512, 412 — falls ihm nämlich der Wille der Vertragschließenden diese direkte Berechtigung zuwenden will;[3]) endlich:
3. durch die persönliche Verpflichtung des locator, insofern dieselbe regelmäßig dahin führt, dem conductor die gegen verbotene Eigenmacht geschützte Rechtsstellung als Inhaber oder Theilinhaber zu verschaffen. (§§. 797, 812, 814 ff.)[4])

So sind, wie sich im Vorstehenden gezeigt hat, die Verfasser des Entwurfs — ausgehend von der Grundlage des selbständigen Sachenrechts — dahin gedrängt worden, auf Kosten der Selbstbestimmung im Wesentlichen die Grundsätze des römischen Rechtes, beziehentlich der gemeinrechtlichen Praxis zu adoptiren. —

Die Richtigkeit dieser Darstellung bestätigt sich, wenn wir, den entgegengesetzten Weg einschlagend, uns von der obligatorischen Seite aus nach der Grenze des Sachenrechts hin bewegen.

Dabei ist vorweg zu bemerken, daß die Lehre vom Miethsvertrage (§§. 503—530) die dem Mieths- und Pachtvertrage gemeinsamen Bestimmungen mit umfaßt.

Der Vermiether ist verpflichtet, dem Miether den Gebrauch der vermietheten Sache während der ganzen Miethszeit zu gewähren; darin liegt die Verpflichtung, die vermiethete Sache nicht nur zu übergeben und in zum vertragsmäßigen Gebrauche geeignetem Zustande zu überlassen, sondern sie in diesem Zustand auch während der ganzen Miethszeit zu erhalten (§§. 503 f., Mot. II 369 f.).

Folglich darf „der Vermiether den Miether in dem vertragsmäßigen Gebrauche der Sache nicht stören, überhaupt keine

---

[3]) Der §. 512 ist in den Mot. II S. 391 f. als Abschwächung des Grundsatzes „Kauf bricht Miethe“ bezeichnet und dazu bemerkt, eine derartige Unterstellung des Versprechens der Leistung an den Miether als Dritten sei als die einfachste, den Intentionen der Parteien am meisten entsprechende Konstruktion zu erachten.

[4]) Als Inhaber, bezüglich als Theilinhaber abgesonderter Wohnungs- oder Wirthschaftsräume (§. 816) ist der Miether wenigstens gegen verbotene Eigenmacht gleich jedem anderen Inhaber geschützt, §§. 822 ff. Weiteren Schutz hat er Mangels Besitzes nicht zu beanspruchen.

Handlungen, insbesondere keine Aenderungen an der Sache vornehmen, durch welche deren vertragsmäßiger Gebrauch für den Miether ausgeschlossen oder geschmälert wird". (Mot. II 370.)

Der Miether hat also Anspruch auf spezifische Erfüllung, daneben außerdem noch den Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung. (Mot. II 377.)

Es wird ein Garantieversprechen des Vermiethers unterstellt, nach welchem er für beim Vertragsabschlusse vorhandene Mängel schlechthin haftet, für spätere ebenfalls insofern, als sie durch einen von ihm zu vertretenden Umstand eintreten. (§§. 505, 506, Mot. II 373 ff.).

Dies findet entsprechende Anwendung auch dann, wenn dem Miether durch das Recht eines Dritten der vertragsmäßige Gebrauch ganz oder zum Theil entzogen wird (§. 508). Es folgt dies ohne Weiteres aus dem allgemeinen Grundsatze, daß der Vermiether den vertragsmäßigen Gebrauch für die ganze Miethszeit garantirt. (Mot. II 378 ff.)

Anscheinend folgt nun aus dieser Natur des Schuldverhältnisses weiter, daß die vermiethete Sache während der Kontraktsdauer entweder garnicht oder nur im Rechtszustande des Vermiethetseins (cum onere) veräußert werden kann. Man darf dagegen auch nicht einwenden, daß die Garantie und der Miethsbesitz den Erwerber nichts angehen, denn wenn auch der Zustand des Vermiethetseins offenkundig, so seien es doch nicht dessen Dauer und spezielle Bedingungen.

Dem steht nämlich entgegen, daß die grobe Fahrlässigkeit als Verschulden dem dolus gleichsteht; folglich der Erwerber, wenn er Kenntnißnahme von den Miethsbedingungen unterläßt, daraus als particeps fraudis beziehentlich wegen culpa lata keine Rechte herleiten darf.

Allein bei diesem Punkte wird nun durch den oben entwickelten absoluten, zwingenden Charakter des Sachenrechts die Selbstbestimmung der Kontrahenten zurückgedrängt.

Die sich aus dieser Zurückdrängung ergebenden §§. 509—512 werden von den Motiven (II 385 f.) charakterisirt als ein „Mittelweg, welcher dem Interesse des Grundbuchsystems und

des Miethers in gleicher Weise gerecht wird"; und es wird zu ihrer Erläuterung und Rechtfertigung Folgendes bemerkt:

Der Erwerber solle von dem Miether die Räumung nur mit einer angemessenen, der gesetzlichen Kündigungsfrist gleichkommenden Frist fordern können (§§. 509, 510), und die Vereinbarung zwischen dem Vermiether und dem Erwerber über die Erfüllung des Vertrags durch den Letzteren solle dem Miether ein unmittelbares Recht gegen den Erwerber geben. (§. 512.)

Der Vermiether habe wegen der ihm drohenden Verantwortung die dringendste Veranlassung, nicht ohne einen den Miether schützenden Vorbehalt der Rechte desselben zu veräußern.[5])

Die Veräußerung ohne solchen Vorbehalt sei hiernach und, wie die Erfahrung bestätige, überhaupt nur als Ausnahmefall anzusehen.

Fraglich bleibe außerdem immer noch, ob der Erwerber die Räumung verlange; und wenn er sie verlange, so bleibe dem Miether eine Frist, nach deren Ablauf in sehr vielen Fällen auch der Vermiether selbst die Räumung hätte verlangen können. Glaube der Miether bei den aus den §§. 509, 510, 512 sich ergebenden Rechten sich nicht beruhigen zu können, so könne er den Abschluß des Miethsvertrags davon abhängig machen, daß ihm der Vermiether auf dem Grundstück Hypothek[6]) für die aus der Nichterfüllung des

---

[5]) Ganz dasselbe galt auch in Rom. S. l. 25 §. 1 D. loc. 19. 2 „curare debet" — „alioquin prohibitus is aget cum eo ex conducto". Trotzdem kamen Austreibungen der Miether in Rom sehr häufig vor. Die optimistische Auffassung der Motive hat Eck Verhandl. d. 19. Juristentages Bd. 2 S. 240 f. überzeugend widerlegt. Namentlich kam es schon bei den Römern und kommt es heute sehr häufig vor, daß behufs Erlangung eines hohen Kaufpreises, circumveniendi emptoris causa (L. 49 pr. D. de a. e. v. 19. 1) höhere als die wirklichen Pacht- und Miethseinnahmen vorgespiegelt werden. In diesen Fällen hat Verkäufer ein Interesse, den Eintritt in die Verträge mit dem Käufer nicht zu vereinbaren, um nicht für die angegebenen Mieths- und Pachtzinsen haftbar zu sein.

[6]) Dies erinnert an eine im 18. Jahrhundert herrschende Doktrin, nach welcher durch ein mit Hypothek verbundenes pactum de non alienando der Miether gegen jede Austreibung gesichert sein oder doch wenigstens ein Zurückbehaltungsrecht an der Wohnung bis zur Befriedigung wegen seiner Ersatzansprüche erlangen sollte. Die Literatur s. bei Fischer Verh. d. 19. Juristentages Bd. 2 S. 390 Anm. 274 ff.

Vertrags entstehenden Ansprüche bestelle. — Einen besseren Rang als diese Hypothek könnte auch ein durch Buchung oder Vertrag begründetes dingliches Recht nicht haben.[7])

Der Ausschluß der Buchung der Miethe als eines dinglichen Rechtes folge für den Entwurf aus der Uebergehung desselben. Die Zwecke, welchen die Dinglichkeit des Miethsrechtes dienen solle, ließen sich in manchen Fällen durch die Bestellung eines Erbbaurechts erreichen, da ein solches nach dem Entwurf auf jede beliebige, längere oder kürzere Zeit bestellt werden könne. (§§. 961 ff., 142.)[8])

Daß die aus dem Entwurfe sich ergebenden Abhülfen behufs Beseitigung aller aus dem Grundsatze „Kauf bricht Miethe" zu besorgenden Uebelstände vollkommen ausreichten, lehre die Erfahrung auf denjenigen Rechtsgebieten, in welchen die Rechte des Miethers ähnlich geregelt seien. —

Weiterhin wird zu erörtern sein, was es mit der vorstehend wiedergegebenen Rechtfertigung des sogenannten „Mittelweges" auf sich hat. Es wird sich alsdann ergeben, daß es dem Entwurfe keineswegs gelungen ist, den Interessen des Grundbuchsystems und den Interessen der Miether und Pächter in gleicher Weise gerecht zu werden; daß er vielmehr einerseits das Grundbuchsystem übertreibend, andererseits die materiellen Interessen nicht gehörig würdigend, eine künstliche Kollision zwischen Beiden geschaffen und diese Interessen jenem System aufgeopfert hat.

Dabei darf man aber, um vollständig gerecht zu sein, nicht übersehen, daß die Verfasser der Motive, wie öfter, so auch hinsichtlich des Miethes- und Pachtrechts, in der mißlichen Lage waren, Bestimmungen als frei gewählte rechtfertigen zu sollen, zu deren Annahme die Kommission doch wohl weniger durch freie Wahl als durch be-

---

[7]) Ueber dieses schwer verständliche Argument siehe Verh. d. 19. Juristentages Bd. 2 die Gutachten von v. Meibom S. 28 f., Eck S. 243 und Fischer S. 417 Anm. 331. Die Hypothek zur Sicherung für event. Entschädigungsansprüche setzt gerade das Fehlen eines dinglichen Rechtes voraus.

[8]) Hierzu bemerkt Fischer a. a. O. S. 407 Anm. 332 mit Recht, diese Bemerkung sei nicht ganz ernst zu nehmen. — In der That gehört das in §§. 961 ff. des Entwurfs geregelte veräußerliche und vererbliche Recht, auf fremdem Grund und Boden Bauwerke zu haben (Erbbaurecht, Superficies) einer ganz anderen Kulturepoche an, als Miethe und Pacht. Jacobi a. a. O. S. 39 f.

reits vorliegende präjudizielle Beschlüsse unter Mitwirkung äußerer Umstände gelangt war.

Bekanntlich ist die Fertigstellung eines Vorentwurfs zum Rechte der Schuldverhältnisse durch die schwere Erkrankung des Redaktors Obertribunals-Vizepräsidenten Dr. von Kübel aus Stuttgart, welche am 5. Januar 1884 dessen Tod herbeiführte, verhindert worden.[9])

In Folge dessen wurde für einen Theil des Obligationenrechts, namentlich auch für das Miethsund Pachtrecht, der sogen. Dresdener Entwurf von 1866 den Berathungen zu Grunde gelegt und dessen römisch-gemeinrechtliche Gestaltung dieses Instituts mit gewissen Modifikationen adoptirt.[10]) Dieser Schritt erfolgte aber nicht aus freier Wahl, sondern er war eine nothwendige Folge früherer hinsichtlich des Besitzes und des Immobiliarsachenrechts gefaßter Beschlüsse.[11])

Dies wird auch in den Motiven offen ausgesprochen.

Der Entwurf will nämlich im Immobiliarsachenrechte das Eintragungsprinzip möglichst vollständig durchführen. Er will das Hypothekenbuch zum „wirklichen Grundbuch“ machen. (Motive III 10.) Unter letzteren versteht er ein solches, welches das gesammte Immobiliarrecht auf der Grundlage der Grundbucheinrichtung regelt.[12])

---

[9]) Der ihm als Hilfsarbeiter zugewiesene großherzoglich hessische Geheime Justizrath Vogel starb bereits im Dezember 1883. S. Centralbl. für Rechtswissenschaft Bd. 7 S. 213.

[10]) Diese Abweichungen bestehen namentlich in der Nichtzulassung der Eintragung, wodurch der conductor noch schlechter gestellt wird, als in dem größten Theile der gemeinrechtlichen Gebiete. S. Jacobi a. a. O. S. 19f. Andererseits trifft der Entwurf zu seinen Gunsten die Formvorschrift, daß sich der neue Erwerber zur Räumungsaufforderung durch Vorlegung öffentlicher Urkunden zu legitimiren hat, widrigenfalls bei unverzüglicher Rüge des Mangels die Aufforderung wirkungslos ist. S. hierzu Fischer a. a. O. S. 414 f.

[11]) Vergl. zum Folgenden m. Ausf. in den Verhandlungen des 19. Juristentages Bd. 3 S. 56 f.

[12]) Vergl. Mot. III. 9 f. Hier wird bemerkt, in Preußen habe sich der Uebergang zum Grundbuchsystem erst in neuerer Zeit vollzogen. — Ferner wird ebenda S. 20 f. behauptet, im Allgemeinen halte sich der Entwurf in den Grenzen des geltenden Rechtes. Hinterher wird aber zugestanden, das Eintragungsprinzip werde in den meisten Gesetzen nicht für alle neben der Hypothek und der Grundschuld vorkommenden begrenzten Rechte verwerthet.

Mieths- und Pachtverhältnisse kennzeichnen sich durch wesentliche Zweiseitigkeit, dadurch daß die Zinspflicht wesentlich abhängt von der Vorleistung des locator. Ferner ist das Verhältniß in der Regel kündbar.

In Folge der Kündbarkeit paßt die locatio conductio nicht zur Eintragung in die II. Abtheilung, in Folge der Bedingtheit nicht zur Eintragung in die III. Abtheilung des Grundbuchs.[13]) Deshalb ist sie im Sachenrechte des Entwurfs mit Stillschweigen übergangen, wozu die Motive III 3, 77 bemerken, aus diesem Stillschweigen folge, daß Miethe und Pacht zu den eintragungsfähigen Rechten nicht gehören. Auch bleibe bei Annahme des Eintragungsprinzips in Ansehung der Begründung und Uebertragung der Rechte an Grundstücken (§. 828) für eine quasi-traditio juris kein Raum. (Motive III 90)

Ferner ist (Motive III 80) — in vermeintlicher Uebereinstimmung mit dem rein römischen Recht — [14]) als Besitz nur der Eigenthumsbesitz an körperlichen Sachen anerkannt, wobei die kühne Behauptung aufgestellt wird, es fehle an einem allgemeinen Bedürfniß des Rechtsbesitzes.

Den mit Inhabung oder Theilinhabung verbundenen Rechten sei quasipossessorischer Schutz gewährt und damit die Frage des Besitzschutzes für Pacht- und Miethsrecht erledigt. (Mot. III 20.)[15])

---

[13]) S. m. Ausf. in den Verhandlungen des 19. Juristentages Bd. 3 S. 56 f. und die Entgegnung von Brunner ebenda S. 71. Er glaubte mir entgegenhalten zu müssen, daß Schwierigkeiten, das Miethsrecht in die Grundbücher einzutragen. nicht existiren, da doch dies „Kunststück" vom österreichischen und sächsischen Rechte, für gemeinrechtliche Gebiete auch vom preußischen Grundbuchrechte geleistet sei. — Allein die Frage ist ja eben, ob solche Bestimmungen als sachgemäß zu empfehlen, oder ob sie als ein verfehlter Nothbehelf aufzugeben und durch andere zu ersetzen sind? S. Jacobi a. a. O. §. II Anm. 5, §. VI Anm. 16.

[14]) Die Motive folgen der Savigny'schen Ansicht, daß nach römischem, anders als nach deutschem und romanischen Rechte der Besitz auf dem animus domini beruhe. Diese Ansicht läßt sich aber nicht aufrecht erhalten, da die Quellen den Besitz des Prekaristen und des Pfandgläubigers keineswegs als etwas Anomales betrachten. S. v. Wächter, Pand. Bd. 2 S. 32, Windscheid, Pand. Bd. 1 §. 149 Anm. 7, Dernburg, Pand. Bd. I §§. 172, 173.

[15]) Schon hier sei darauf aufmerksam gemacht, wie die Grundsätze des Entwurfs über Besitz und Grundbuchrecht in innerer Verbindung stehen: Der Besitz

Nachdem der Entwurf den Rechtsbesitz und, mit Ausnahme des Eigenthumsbesitzes, auch den Sachbesitz gestrichen, die Begründung dinglicher Immobiliarrechte von der Eintragung abhängig gemacht und sodann — mit Recht — anerkannt hatte, daß Mieths- und Pachtverhältnisse ihrer Natur nach für die Grundbucheintragung nicht geeignet sind, war in der That jede Diskussion darüber ausgeschlossen, ob die locatio conductio dem Preußischen Landrechte, dem Code civil, oder der gemeinrechtlichen Praxis gemäß zu konstruiren sei. Letzteres war von selbst geboten.

---

## II.

## Kritik und Vorschläge.

Wir beginnen mit drei Ausstellungen allgemeiner Natur.

Dieselben betreffen:

1. Das Verfahren bei der Ausarbeitung des Entwurfs,
2. die romanisirende Richtung des Entwurfs, und
3. die mangelnde Würdigung der Kulturentwickelung im Gebiete des Immobiliarsachenrechts.

---

(Sachherrschaft) ist die Verkörperung der Dinglichkeit derjenigen Rechte, welche überhaupt mit einem Besitze verbunden sind und eben deshalb künstlicher Publizität durch Eintragung nicht bedürfen. Geht man aber von der Voraussetzung aus, daß Dinglichkeit nicht anerkannt werden soll, außer bei denjenigen Rechten, welche zur Eintragung geeignet und auch wirklich eingetragen sind so muß man den Besitz streichen oder doch auf das Aeußerste beschränken. — Für die Lösung dieser angesichts der historischen Entwickelung unmöglich scheinenden doktrinären Aufgabe giebt es nur einen Weg; diesen hat der Entwurf betreten. Faßt man nämlich mit v. Savigny die Besitzklagen als Deliktklagen auf, welche nicht Vermögensschutz, sondern nur Schutz der Persönlichkeit gegen Ungebühr bezwecken, so gelangt man zu Besitzklagen ohne Besitz, beruhend auf rechtswidriger Eigenmacht gegen das thatsächliche Detentionsverhältniß. Faßt man andererseits wiederum mit v. Savigny den Besitzwillen als animus domini auf, so kann man mit Ausnahme des Eigenthumsbesitzes den übrigen Besitz als solchen ganz streichen. Beides ist denn auch im Entwurfe geschehen. Vergl. Mot. III 78 f., 116 ff., 489 f.

1. In dem vom Bundesrathe gebilligten Gutachten der Vorkommission[1]) war für die Ausarbeitung des Entwurfs die Direktive gegeben:

> „es solle an den bewährten Instituten und Sätzen der innerhalb des Deutschen Rechts bestehenden Civilrechtssysteme festgehalten, bei Divergenzen aber sollten die Entscheidungen in erster Linie nach Rücksicht des Bedürfnisses und der Zweckmäßigkeit, in zweiter Linie nach juristisch logischer Folgerichtigkeit getroffen werden".

Der vorstehend skizzirte Aufbau des Systems beweist unseres Erachtens, daß umgekehrt in erster Linie gewisse abstrakte Grundsätze aufgestellt worden sind, durch deren rücksichtslose Durchführung man zu einer möglichst einfachen und geradlinigen Konstruktion zu gelangen hoffte. — In Folge dieser abstrakten Konstruktionen sind die praktischen Rücksichten auf Bedürfniß und Zweckmäßigkeit in bedauerlicher Weise zu kurz gekommen.[2])

Es scheint namentlich die unermeßliche Wichtigkeit der Besitzposition und ihrer rechtlichen Anerkennung durchaus nicht genügend zum Bewußtsein gekommen zu sein, — worauf noch zurückzukommen sein wird.

2. Vom Standpunkte nationaler Rechtsentwickelung ist gegen den Entwurf die Anklage erhoben worden, daß er in der Hauptsache nur Kodifikation des usus modernus Pandectarum sei.[3])

---

[1]) S. den Abdruck des Gutachtens vom 15. April 1874 in Rassow-Küntzel, Beiträge 2c. Bd. 21 S. 175 ff.

[2]) „Hat auch — erklären die Motive II 383 f. — das römische Recht den Grundsatz: „Kauf bricht Miethe" in voller Schärfe anerkannt und ist ihm hierin die neue gemeinrechtliche Doktrin und Praxis gefolgt, so kann es doch nicht zweifelhaft sein, daß in der Gegenwart die strenge Durchführung jenes Grundsatzes abzulehnen ist, weil sie unter den gegenwärtigen Verhältnissen — zumal in den größeren Städten, wo die Hauptmasse der Bevölkerung bis zu den höchsten und vornehmsten Ständen hinauf zur Miethe wohnen — zu den größten Unzuträglichkeiten führen muß." Trotzdem wird dann der entgegengesetzte Grundsatz des preußischen und französischen Rechtes für unannehmbar erklärt, weil unverträglich mit den Prinzipien des Grundbuchrechts. (§§. 828, 837.)

[3]) So Gierke, Der Entwurf eines b. G.-B. für das Deutsche Reich in Schmollers Jahrb. 12. S. 59.

Dieser Vorwurf bezieht sich auf eine rechtshistorische Entwickelung, welche ein Gesetzgeber der Gegenwart allerdings nicht aus den Augen verlieren darf.

Ihren Ausgangspunkt bildet die seit dem 18. Jahrhundert dem usus modernus siegreich gegenüberstehende naturrechtliche Kritik und die Reaktion der Partikularrechte gegen das fremde Recht. Daran knüpfte sich in unserm Jahrhundert die Thätigkeit der historischen Schule.

„Indem dieselbe das überkommene, mit italienisch-deutschen Gewohnheiten versetzte Römische Recht beseitigte und in Stelle des usus modernus Pandectarum das reine Römische Recht setzte, ward dem letzteren, was es an wissenschaftlicher Ausbildung gewonnen, an praktischer Anwendbarkeit genommen. Es verstand sich von selbst, daß das reine Römische Recht in Deutschland auf die Dauer unmöglich war und daß die Rückkehr der Theorie zur Antike als Gegenwirkung die um so entschiedenere Loslösung der Gesetzgebung von den positiven römischen Rechtssätzen und die freie Entfaltung moderner Prinzipien zur Folge haben mußte.“ — „Indem die historische Schule die Herrlichkeit des klassischen römischen Rechts restaurirte, war sie zugleich für unser Jahrhundert der wichtigste Faktor, um uns von der praktischen Geltung desselben zu befreien.“[4])

[4]) So Sohm, Fränkisches und Römisches Recht in der Zeitschr. der Savigny-Stiftung für Rechtsgesch. Germ. Abth. Bd. I (1880) S. 79 f. Derselbe legt dar, wie von der Anwendung rein Römischen Rechtes in Deutschland im Mittelalter nicht die Rede gewesen ist. Es bedurfte erst der Einwirkung mannigfacher Mittelglieder — der Kirche des Mittelalters, des lombardischen Gewohnheitsrechts und der Arbeit der Kommentatorenschule des 13. und 14. Jahrhunderts — um das Römische Recht ins Mittelalterliche zu übersetzen, ein Recht zu schaffen, welches modernisirt genug war, um in den Gerichten Eingang finden zu können. Als dann im 16. und 17. Jahrhundert die Rezeption erfolgte, blieb u. A. das deutsche Immobiliarsachenrecht in einer Reihe von Partikularrechten erhalten. „Die aufgeklärte Gesetzgebung der absoluten Monarchien eröffnete gegen das gemeine Recht den Krieg, und das Preußische Landrecht und Oesterr. B.G.B. leiteten die moderne Gesetzgebung ein, deren Aufgabe es ist, durch das Römische Recht über das Römische Recht hinaus zu gelangen.“ S. a. a. O. 77 ff.

Von einer solchen befreienden That ist der Entwurf allerdings weit entfernt geblieben. Er lehnt sich mit Vorliebe an die dem Römischen Rechte zunächst stehenden Kodifikationen, das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch vom 2. Januar 1863, den hessischen Entwurf von 1853 und den Bayerischen Entwurf von 1860.[5])

Es giebt keinen eklatanteren Beweis für seine romanisirende Richtung, als gerade die Behandlung des Mieths- und Pachtrechts, wie wir dieselbe oben dargelegt haben; wenn zugleich erwogen wird, daß — abgesehen vom Hypothekenrechte — das römische Privatrecht wohl kaum ein für den praktischen Dienst in der Gegenwart so wenig geeignetes Institut aufzuweisen hat, als das in der Ausbildung so sehr zurückgebliebene Mieths- und Pachtrecht an Immobilien.[6])

3. Auch bei höchster Werthschätzung des römischen Rechtes sollte ein Gesetzgeber der Gegenwart nicht daran denken können, den Millionen deutscher Miether und Pächter die Thüren des Sachenrechts zu verschließen, sobald er sich die mittelalterliche Entwickelung der Rechtsverhältnisse am Grund und Boden vergegenwärtigt.

Die Kulturgeschichte zeigt uns,[6a]) wie im Mittelalter die Masse der Nichteigenthümer das Grundeigenthum mit Jahrhunderte langer Arbeit durchtränkt und befruchtet, dadurch aber wiederum sich aus doppelter Gebundenheit der Person und der Arbeit allmälig befreit hat.

Die so erarbeitete Selbstbefreiung der Persönlichkeit und die

---

5) S. z. B. Motive III 1 und die nähern Nachweise bei Fischer a. a. O. Bd. 2 S. 403 f., 408 f.

6) S. Pernice Labeo Bd. 1 S. 446 f.; Dernburg Pand. Bd. 2 §. 110; Fischer a. a. O. S. 348 ff.; Jacobi a. a. O. S. 21 ff. Die Tendenz, solche Römische Rechtssätze, welche auf nationalen Eigenthümlichkeiten beruhen, als in der Sache begründet aufrecht zu erhalten, ist noch keineswegs überwunden. Sie war der bisherigen Rechtsentwickelung sehr hinderlich. — Unseres Erachtens kann die Werthschätzung und Erkenntniß des Römischen Rechtes nur gewinnen, wenn sie von der Frage der praktischen Anwendbarkeit für die Jetztzeit und für die Zukunft der Deutschen Rechtsentwickelung ganz losgelöst und gesondert wird.

6a) Hierzu s. Arnold Zur Geschichte des Eigenthums in den Deutschen Städten S. 55 ff., 151 f., 165 f., 172 ff., 192 ff.; Jacobi a. a. O. S. 38 ff.

Wertherhöhung des so befruchteten Grundeigenthums hat dann eine Umgestaltung der Bedürfnisse und Rechtsverhältnisse dergestalt herbeigeführt, daß das Grundeigenthum nunmehr seinerseits neben der kleinen Minderheit der freien Eigenthümer auch der großen Masse der Nichteigenthümer zu dienen, ihnen namentlich Heimath, Wohnsitz, Niederlassung, Arbeitsfeld und Arbeitsmittel zu gewähren hat.

Die Gesetzgebung kann sich der Verpflichtung nicht entziehen, auf diesem Gebiete die Selbstbestimmung des Bürgers der Kulturentwickelung entsprechend anzuerkennen, und zwar in dem Umfange, daß dadurch die bisher in einigen Theilen Deutschlands obwaltenden Hindernisse einer naturgemäßen Entwickelung hinweggeräumt und beseitigt, nicht aber, daß gerade die ungenügendsten Normen als allgemein gültiges Recht für ganz Deutschland proklamirt werden.

Es ist eben nur der Widerhall eines allgemeinen Protestes von etwa 30 Millionen, wenn Fischer[7]) am Schlusse seines Gutachtens sagt: es sei nicht zu erwarten, daß zwei Drittel des deutschen Volkes bereit sein werden, ihr der Natur der Sache, den Anforderungen der Zweckmäßigkeit und der Aufrechterhaltung von Treu und Glauben im Verkehr, der nationalen Entwickelung und der heutigen Kultur allein entsprechendes Recht aufzugeben zu Gunsten römischer, höchst spitzfindiger und gekünstelter, in späterer Zeit nur in Folge des Egoismus der besitzenden Klassen beibehaltener Sätze.

Und unter Bezugnahme auf die von ihm beigebrachten Beläge für die in Frankreich, Belgien, Italien, Holland, Portugal, Schweden, Norwegen, Dänemark und England geltenden Rechtsgrundsätze (Kauf bricht nicht Miethe) fügt er hinzu, daß es „eine eigenthümliche Ironie des Schicksals wäre, wenn, nachdem der germanische Gedanke der Selbständigkeit und Dinglichkeit der Miethe sich fast die ganze Welt erobert und das römische

[7]) Fischer a. a. O. S. 407 ff. 448 f. Auch Eck warnt a. a. O. S. 248 auf das Dringendste davor, denjenigen zwei Dritteln von Deutschland, welche den römischen Satz: „Kauf bricht Miethe“ als unerträglich abgestreift und sich bei dem entgegengesetzten Grundsatze seit einem Jahrhundert bei Weitem wohler befunden haben als zuvor, jetzt diesen wieder entreißen zu wollen. Ebenso u. A. die Artikel der „Vossischen Zeitung“ über „Kauf bricht Miethe“, Nr. 188, 195 vom 20. und 24. April 1888, Nr. 209 vom 9. Mai 1888.

Recht in seiner Heimath verdrängt hat, wir in Deutschland veralteter Schulweisheit zu Liebe zum römischen Recht zurückgeführt würden."

Daß auch in der volkswirthschaftlichen Literatur die Grundsätze „Kauf bricht Miethe" und in noch höherem Grade „Kauf bricht Pacht" als kulturschädlich anerkannt sind, haben Eck a. a. O. S. 237 f. und Fischer a. a. O. S. 434 ff. so überzeugend nachgewiesen, daß hier Bezugnahme auf ihre Ausführungen genügt.

Was sodann die Einzelvorschriften des Entwurfs betrifft, so ist nicht zuzugeben, daß derselbe den Interessen des Grundbuchsystems und des Miethers in gleicher Weise gerecht werde (Mot. II 385 f.); ganz abgesehen davon, daß das Grundbuchsystem kein Selbstzweck, sondern nur ein Mittel zur Beförderung des Realkredits ist,[8]) welches bei richtiger Handhabung mit den Interessen der Pächter und Miether überhaupt nicht zu kollidiren braucht. Namentlich kann genügende Wahrung dieser letzteren Interessen keineswegs gefunden werden:

a) in der Bestimmung gesetzlicher Räumungsfristen — §§. 509, 510 des Entwurfs.

Ihre Zubilligung war in der gemeinrechtlichen Praxis freilich gerechtfertigt als Nothbehelf gegen die Härten des römischen Rechtes, so lange man an dasselbe grundsätzlich sich gebunden glaubte.[9]) Aber de lege ferenda betrachtet, gewähren sie Gnade für Recht, ohne der Rechtsunsicherheit abzuhelfen, und haben außerdem gegen sich, daß sie sich ganz offen als prinzipwidriger Nothbehelf ankündigen. Sie sind willkürlich dem conductor gegenüber, weil es Sache der Privatdisposition ist, zu bestimmen, ob das Mieths- oder Pachtrecht auf bestimmte Zeit oder auf Kündigung

---

[8]) Mit vollem Rechte fragt auch Fischer a. a. O. S. 446, ob etwa das Deutsche Volk und sein Recht um des Grundbuchs willen da sei, so daß ein bis auf die äußerste Spitze getriebenes Grundbuchsystem das letzte Ziel der Gesetzgebung sein muß?

[9]) Die Partikularrechte, welche aus Billigkeitsrücksichten Kündigungstermine gewährten, zählt auf Stobbe, Lehrb. Bd. 3 §. 186 Anm. 19 f. Dernburg, Pand. Bd. 2 §. 111 Anm. 32 erklärt im Anschluß an ältere Theoretiker die Gewährung der ortsüblichen Kündigungsfristen event. einer angemessenen Räumungspflicht für gemeinrechtlich.

eingeräumt und garantirt werden soll; willkürlich gegenüber dem neuen Eigenthümer, weil ihm ungewisse, aus dem Grundbuche nicht ersichtliche Beschränkungen auferlegt werden zu Gunsten von Personen, welchen er nach dem Entwurfe doch weder dinglich noch persönlich verpflichtet ist.

Dem Miethe- und Pachtinteresse genügt auch keineswegs

b) der §. 512 d. E., nach welchem die unmittelbare Berechtigung des conductor aus dem zwischen dem locator und dem neuen Erwerber geschlossenen Nebenvertrag als gewollt angesehen werden soll. Denn entgegen der Parteiabsicht bleibt es von der durch das augenblickliche Interesse bestimmten Willkür des locator abhängig, ob er den Nebenvertrag, aus welchem der conductor direkt berechtigt sein würde, überhaupt abschließen will oder nicht.[10])

---

[10]) Es ist charakteristisch für die Praxis in gewissen gemeinrechtlichen Gebieten, daß die Betheiligten genöthigt sind, sich mit anerkannt unwirksamen Vertragsklauseln zu behelfen. So ist z. B. in Württemberg in Immobiliarkaufverträgen die Klausel allgemein üblich, daß Käufer in die bestehenden Pacht- (Mieth-)Verträge dem Verkäufer und den Pacht(Mieths-)leuten gegenüber einzutreten hat. Es ist aber feststehende Praxis, daß Miether und Pächter aus dieser lex venditionis für sich kein Recht herleiten können. S. Kübel und Sarwey, Württemb. Arch. 15 S. 119 f. Wer sich den Miethsbesitz auf eine Reihe von Jahren hinaus sichern will, bedingt sich im Miethsvertrag aus, daß Vermiether während der Miethszeit nicht veräußern darf, ohne den Erwerber zum Eintritt in den Miethsvertrag zu verpflichten. Auch diese Klausel ist aber bedeutungslos, weil sie zu nichts mehr verpflichtet, als zur Entschädigung. — Zum Troste wird dann behauptet, daß sich trotzdem in solchen Rechtsgebieten ganz gut leben lasse; in den kleineren Orten seien die Fälle spekulativer Unredlichkeit und bösartiger Chikanen selten, in den Verkehrscentren sei man das Umherziehen gewöhnt. S. Vossische Zeitung vom 24. April 1888 Nr. 195 und Fischer in den Verh. des 19. Juristentages Bd. 2 S. 432. Diese Trostgründe sind weder thatsächlich anzuerkennen, noch de lege ferenda entscheidend. S. ebenda Bd. 2 S. 437, Bd. 3 S. 58, 64, 301 ff. — Wirksame Abhilfe gewährt auf indirektem Wege §. 1224 des Sächs. B.G.B., nach welchem der Pächter oder Miether die Eintragung der zuletzt erwähnten Klausel verlangen kann. Dies bewirkt eine Dispositionsbeschränkung des Vermiethers im Eigenthume dergestalt, daß die Grundbuchsbehörde die Eintragung einer jeden Veräußerung abzulehnen hat, die nicht unter Vorbehalt der Rechte des Miethers erfolgt. Für Bayern bestimmt §. 12 des Landtagsabschieds vom 18. Febr. 1871,

Eine genügende Wahrung dieses Interesse kann auch:

c) nicht gefunden werden in dem Besitzschutz ohne Besitz, den der conductor als Inhaber oder als Theilinhaber nach §§. 814 ff. d. E. gegen unbefugte Eigenmacht genießt. Denn dieser Schutz giebt ihm überhaupt keine besondere Rechtsstellung, konstatirt vielmehr nur seine Rechtlosigkeit, indem er ihn gleichstellt jedem innehabenden Stellvertreter und jedem unredlichen Besitzer.

Nun geben zwar die Motive dem Miether, welcher sich hierbei nicht beruhigen will, schließlich noch den Rath, den Abschluß des Miethsvertrags abhängig zu machen von Einräumung einer Hypothek für die wegen Nichterfüllung zu machenden Ansprüche.

Dieses Auskunftsmittel aber erweist sich nach jeder Richtung hin als unpraktisch.[11]) Zunächst nämlich sind die Nachtheile und Unannehmlichkeiten, welche durch vertragswidrige Exmissionen und erzwungene Umzüge verursacht werden, zum allergrößten Theile unschätzbar.

Ferner entspricht es keineswegs der Absicht des conductor, auf im Prozeßwege zu ermittelnde Entschädigungen angewiesen zu sein; er will nicht problematische Prozesse führen, sondern Garantie ruhigen Besitzes.

Schließlich denkt der „wirthschaftlich stärkere" locator überhaupt nicht daran, auf Eintragung einer solchen Hypothek einzugehen, — ebensowenig wie er auf Ausbedingung einer Konventionalstrafe für den Veräußerungsfall eingeht, was, wenn erzwingbar, eine weit zweckmäßigere Hülfe sein würde.[12])

---

daß die Verabredung zwischen Vermiether und Erwerber wegen Eintritts in den Vertrag zu Gunsten des Miethers wirksam ist.

[11]) Eck a. a. O. S. 243 sagt von diesem Rath, er sei „so scharfsinnig erdacht, daß er beinahe schon etwas ungereimt wird"; während Fischer a. a. O. S. 407 Anm. 331 ihn als „versteckte Satire der überstimmten Minorität" betrachten zu dürfen glaubt.

[12]) Bei Ordnung so allgemein herrschender Verhältnisse wie Miethe und Pacht hat der Gesetzgeber in erster Linie die Lage der kleinen Leute, alleinstehender Frauen und solcher Personen ins Auge zu fassen, welche sich erfahrungsmäßig nicht in der Lage befinden, im Voraus mit Energie auf künstliche Sicherungsmittel zu dringen, um hinterher den Kampf um das Recht mit Zähigkeit in langwierigen Prozessen durchzufechten. Die Verweisung solcher nach Millionen zählender, ruhigster und solidester Volksklassen auf erfahrungsmäßig überhaupt oder mindestens

Auch von Meibom, welcher sich mit Rücksicht auf das Interesse am ungehemmten Güterumsatz[13]) im Prinzipe für den Entwurf erklärt, erkennt unumwunden an, daß durch die Möglichkeit der Eintragung einer Hypothek für eventuelle Entschädigungsansprüche das Interesse des Miethers in keiner Weise befriedigt werde.

Er erklärt aber auch weiterhin folgende wesentliche Verbesserungen für nothwendig:

1. Der Entwurf überläßt es dem Belieben des Erwerbers, ob und wann er die Aufforderung zur Räumung an den Miether richten will. Die Folge davon ist, daß der Miether, — seinerseits erst nach erfolgter Räumungsaufforderung zum Rücktritt berechtigt, — über die Fortsetzung oder Nichtfortsetzung des Vertragsverhältnisses im Ungewissen bleibt.

Dieser lästigen Ungewißheit macht das Sächsische B. G. B. §. 1225 Satz 2 dadurch ein Ende, daß es den Erwerber, welcher die erste Kündigungsfrist nicht benutzt, als in den Miethsvertrag seines Vorgängers eingetreten ansieht.

Noch weiter gehend, will von Meibom dem Miether das Recht einräumen, Erklärung des Erwerbers binnen angemessener Frist zu verlangen.

2. Die in §. 509 d. E. ausgesprochene bloße Duldung des Miethers seitens des Erwerbers („den Gebrauch" . . . „zu gestatten")

---

für sie unpraktische Hilfsmittel muß seitens des Gesetzgebers deshalb sorgfältig vermieden werden, weil sie als ein Hohn auf die ohnehin nachtheilige Lage dieser Klassen, die angebliche Unterwerfung unter den Willen des Gesetzgebers aber als Unwahrheit empfunden wird. S. oben I Anm. 6 ff.; Jacobi a. a. O. §. I Anm. 9, §. III Anm. 13, §. IV Anm. 38, 39.

13) S. von Meibom a. a. O. S. 20 ff., 28 f. Aehnlich Wendt, Faustrecht in Jherings Jahrb. 21 S. 237, Hartmann im Arch. für civil. Praxis 73 S. 389 f. Das Interesse des ungehemmten Güterumsatzes ist auch in den Verhandlungen des 19. Juristentages zur Sprache gebracht worden, und zwar vom Standpunkte des Bauunternehmers und Spekulanten. Verhandl. Bd. 3 S. 61 ff. Darauf hat Klöppel, ebenda S. 64 f., treffend entgegnet: daß Häuserspekulation keine gesunde, sondern eine ungesunde Güterbewegung sei; daß zwar in Folge des Privateigenthums Grundstücke auch veräußert werden können, ihr Zweck aber nicht die Güterbewegung ist, sondern die Landgüter dazu da sind, bewirthschaftet, die Häuser dazu da sind, bewohnt oder zu industriellen Zwecken benutzt zu werden. S. auch die Erwiderungen der Referenten Petersen und Brunner ebenda S. 69 f.

erscheint — namentlich, wenn die Voraussetzungen des §. 192 d. E. nicht vorliegen, — als ungenügend. Es muß an Stelle der bloßen gesetzlichen Eigenthumsbeschränkung die Succession in das Schuldverhältniß treten, mithin bestimmt werden, daß die Erklärung des Erwerbers, Räumung nicht zu verlangen — oder die Nichterklärung binnen der gestellten Frist — im Sinne des §. 318 d. E. als Erfüllungsübernahme gilt[14]); oder vielmehr als Eintritt in den Vertrag. — Diese beiden Vorschläge würden unbedingte Billigung verdienen, falls zwingende Gründe vorlägen, das Pacht- und Miethsrecht des Entwurfs im Prinzipe beizubehalten. Aber von Meibom giebt schließlich das Prinzip des Entwurfs selbst auf, indem er

3. auch noch verlangt, daß die Eintragung des Miethsrechts in das Grundbuch als dingliche Belastung zugelassen werde. Der Miether soll jedoch kein Recht haben, die Eintragung zu verlangen, es soll ihm vielmehr überlassen bleiben, die Einwilligung des Vermiethers auszubedingen. — Natürlich wird der „wirthschaftlich Stärkere" seine Einwilligung nur in seltenen Ausnahmefällen ertheilen,[15]) und weil dies im Voraus feststeht, wird die Eintragung garnicht erst verlangt werden. Dies sieht von Meibom auch sehr wohl ein. Denn er erklärt die Gefahr einer Ueberbürdung der Grundbuchbehörden und einer Ueberladung des Grundbuchs deshalb für ausgeschlossen, weil nur selten Eintragungen erfolgen würden; abgesehen von der Umständlichkeit der Buchungen und Löschungen, sowie den dadurch verursachten Kosten, könne sie ja Vermiether durch Ablehnung seines Konsenses beliebig verhindern.[16]) Mit anderen Worten: Die Maßregel

---

[14]) Dieser Ausdruck ist nicht genau. Erfüllungsübernahme würde nicht ausreichen. Mot. II 391. Es handelt sich vielmehr um vollständigen Eintritt in das Vertragsverhältniß, Foerster-Eccius, Pr. Pr.-R. Bd. 2 §. 136 Anm. 74 u. 137; R.G.E. 17 S. 287, oder wie Brunner, Verhandlungen des 19. Juristentages Bd. 3 S. 44 sich ausdrückte: Gestaltung der Miethe als Realobligation.

[15]) Solche Ausnahmen kommen vor, wenn der Miether einmal noch stärker ist als der Vermiether. So läßt z. B. die Postverwaltung in Hannover, wenn sie Gebäude zum Postbetriebe miethet, ihr Recht regelmäßig in das Grundbuch eintragen. S. Eck in den Verhandlungen des 19. Juristentages Bd. 2 S. 243.

[16]) Daß aus den angeführten Gründen der bezweckte Schutz der Miether durch Eintragung nicht zu erreichen sei, wird auch in den Motiven dargelegt und zugleich bemerkt, daß die Eintragung auch in den Gebieten, wo sie zulässig ist, erfahrungsmäßig selten vorkomme. Mot. Bd. II 384 f., 386. Ebenso wurde bei Be-

wird nur dadurch ausführbar, daß sie, — von seltenen Ausnahmefällen abgesehen, — unpraktisch, also so gut wie nicht vorhanden ist.

Gleichwohl sollen, nach von Meibom, zu Gunsten dieser unpraktischen Maßregel die vom Entwurf aufgestellten Schranken des geschlossenen Sachenrechts und des das ganze Immobiliarsachenrecht absorbirenden Grundbuchsystems durchbrochen werden durch Einfügung eines neuen Abschnitts in das Sachenrecht Buch III, in welchem Abschnitte — parallel dem gegen Dritte wirksamen Vorkaufsrechte §§. 952 ff. — das Mieths- und Pachtrecht an Grundstücken als dingliche Belastung behandelt wird.

Auf solchen Vorschlag wäre nach den bisherigen Darlegungen nur einzugehen unter der doppelten Voraussetzung, daß

1. die zwingende Nothwendigkeit nachgewiesen würde, die dingliche Wirkung des Mieths- und Pachtrechts überhaupt von einer Eintragung abhängig zu machen. — Falls dieser Nachweis geführt wird, müßte
2. ein Eintragungsmodus gefunden werden, welcher die Eintragung als einen allgemein zugänglichen, thatsächlich wirksamen Schutz der wirthschaftlich schwächern Majorität erscheinen läßt.

Es kann jedoch hier dahingestellt bleiben, ob ein solcher Eintragungsmodus zu finden wäre — vielleicht vermittelst besonderer Haus- oder Miethsbücher, da die dem Realkredite dienenden Hypothekenbücher anerkannt ungeeignet sind —. Denn das Vorhandensein der obigen ersten Voraussetzung ist auf das Entschiedenste zu verneinen.

Die Alternative nämlich, das Mieths- und Pachtrecht entweder garnicht, oder nur mittelst Eintragung als dingliches Recht an Grundstücken zulassen zu können, beruht nicht auf der Natur der Sache; sie ist vielmehr für die Redaktoren des Entwurfs künstlich herbeigeführt worden durch den präjudiziellen, aber nicht aufrecht zu erhaltenden Beschluß, den ganzen Rechtsbesitz zu streichen und außer

rathung des Preuß. Grundeig.Erwerbsges. vom 5. Mai 1872 in dem Kommissionsbericht des Herrenhauses anerkannt, daß der rasche, massenhafte Wechsel der Miethswohnungen in den großen Städten und die ebenfalls oft jährlich wechselnden Pachten einzelner Ackerparzellen die Anforderung der Eintragung nicht gestatten. Bahlmann, Grundbuchrecht S. 53 Anm. 66. Vergl. oben I Anm. 13.

dem Eigenthumsbesitz überhaupt keinen Besitz anzuerkennen. Dadurch hatte man sich die Möglichkeit der Konsolidirung der Mieths- und Pachtrechte durch Besitz von vornherein abgeschnitten.

Die Unhaltbarkeit dieses Beschlusses ergiebt sich daraus, daß im wirklichen Leben sowohl die Existenz des Einzelnen als die Gesellschaftsordnung der Gesammtheit gerade auf dem Besitze ruht, d. h. darauf, daß jede von dem Einzelnen errungene, einem Privatrechtsinhalt entsprechende dauernde thatsächliche Herrschaft als prima-facie-Recht nach außen solange Schutz genießt, bis sie von einem besser Berechtigten als Nichtrecht entlarvt beziehentlich als Besitz entsetzt wird.[17])

Es entspricht also der natürlichen Rechtsentwickelung, daß einerseits der Besitzbegriff selbst immer weiter ausgebildet und verfeinert wird, andererseits das Besitzschutzgebiet sich immer weiter ausdehnt, namentlich auch auf den Inhalt der immateriellen Vermögensrechte und der Statusrechte.[18])

Wenn trotzdem der Entwurf diese ganze Entwickelung und die weltbeherrschende Wichtigkeit der Besitzposition überhaupt ignorirt, so muß man sich dagegen mit aller Entschiedenheit erklären.[19])

---

[17]) Dernburg, Pd. Bd. I §. 172 sagt in dieser Beziehung: „Der Besitz ist die thatsächliche Gesellschaftsordnung, die gegebene Vertheilung der Sachgüter. Er gewährt dem Individuum unmittelbar die Werkzeuge seiner Thätigkeit, die Mittel zur Befriedigung seiner Bedürfnisse. Eine willkürliche Unterbrechung dieses thatsächlichen Verhältnisses könnte eine unersetzliche Störung herbeiführen. Die Unantastbarkeit unserer thatsächlichen Vermögensstellung ist daher eine der Bedingungen des geordneten Zusammenlebens. Sie ist zur Erhaltung der bürgerlichen Gesellschaft nicht weniger wie der Rechtsschutz erforderlich." — Es bedarf keiner Ausführung, daß sich aus dem Besitzschutze mit Nothwendigkeit der Schutz des älteren und der Schutz des wider Willen verlorenen Besitzes entwickelt; ferner daß der Besitzschutz überhaupt durch und durch relativ ist; d. h. der Besitz wird als Recht behandelt, solange und soweit ihm kein relativ besser Berechtigter gegenübertritt. Ob die geschützte Position absolut Recht sei, kommt nur ganz ausnahmsweise zur Sprache.

[18]) Im Großen und Ganzen hat diese Entwickelung in Deutschland thatsächlich stattgefunden; der Versuch, den Rechtsbesitz auf körperliche Objekte einzuschränken, hat sich als erfolglos erwiesen. S. Bruns, Recht des Besitzes S. 185 ff., 383 ff.

[19]) Hierüber ausführlich Gierke in Schmollers Jahrb. 12. S. 74 ff und 13 S. 278 f., wo die innere Unrichtigkeit der Besitzlehre — oder vielmehr

Es ist dieser Abweg um so befremdlicher, als eine die Aufgabe im Wesentlichen befriedigend lösende Gesetzgebung vollständig fertig vorliegt und in dem bei Weitem größesten deutschen Rechtsgebiet ohnehin in Geltung ist.

Nach den das Miethș- und Pachtverhältniß berührenden Bestimmungen des Preuß. Allg. Landrechts besteht neben dem Eigenthumsbesitz als dem vollständigen Sachbesitz ein mit unvollständigem Sachbesitze verbundener vollständiger Rechtsbesitz des Miethers und Pächters. Denn wer ein Recht für sich selbst ausübt, ist nicht Inhaber, sondern Besitzer desselben (I 7 §. 4 ff.).[20])

Wenn ferner dem persönlich zur Sache Berechtigten der Besitz der Sache auf Grund seines Rechtes eingeräumt wird, so entsteht dadurch für ihn ein dingliches (gegen Dritte wirksames) Recht auf die Sache; eine dingliche Belastung, welche auf jeden Besitznachfolger des Bestellers übergeht (I 2 §§. 124, 135, 137; 21 §§. 2, 3).

Der Eintragung bedarf es, um Dinglichkeit zu begründen, nur soweit entweder der Berechtigte sich noch nicht im wirklichen Besitze befindet, oder wenn es sich um Rechte handelt, welche mit Sachbesitz überhaupt nicht verbunden sind (I 2 §. 136, 20 §. 8, 21 §§. 2, 4. Vergl. Eigenth.-Erw.-Ges. v. 5. Mai 1872 §§. 1, 12, 18.

Ist das Nutzungsrecht weder mit Besitz verbunden, noch eingetragen, so wirkt es nur, so lange die belastete Sache sich in den Händen des persönlich Verpflichteten oder seiner Erben befindet (I 21 §. 5, 19 §§. 5, 6).

---

„Nichtbesitzlehre" — des Entwurfs scharf, aber im Wesentlichen zutreffend dargelegt wird. Gierke bezeichnet dieselbe als: „eine dem deutschen Rechte Hohn sprechende Begriffsbildung, bei welcher die romanisirende Tendenz des Entwurfs gewissermaßen das römische Recht selbst übertrumpft." — In der That sind die Römer weit entfernt gewesen, bei Nichtvorhandensein des animus domini den Besitzwillen und Besitz überhaupt zu negiren. — Man vergleiche, was in den Mot. III 78 f. über die „Innehabung als Thatbestandsmoment ohne besondern Willensinhalt" gesagt wird, und die zutreffende Kritik von Wendt: Besitz und Inhabung im Archiv für civil. Praxis. Bd. 74 S. 135 ff., 153 ff.

[20]) Dem entsprechend macht Wendt a. a. O. S. 138 ff., 158 f. zu B. III Absch. 2 d. E. „Besitz und Inhabung" Verbesserungsvorschläge, welche im Wesentlichen zu billigen sein dürften. Die bloßen Stellvertreter, Verwalter, Inspektor, Gesinde (§. 811) sollen dem Prinzipal gegenüber, namentlich im Falle des Vollmachtswiderrufs, keinen Besitzschutz haben; Dritten gegenüber bedürfen sie

Diese Vorschriften entsprechen im Wesentlichen sowohl der Deutschen Rechtsentwickelung als der Natur der Sache. Namentlich gilt das von der Relativität der Dinglichkeit.[21])

Dieselbe ergiebt sich von selbst daraus, daß einerseits die darauf gerichtete Privatdisposition des Eigenthümers hinreicht, dem Anderen begrenzte Herrschaft über seine Sache unmittelbar einzuräumen, andererseits die volle Wirksamkeit gegen Dritte aus Gründen der Verkehrssicherheit von einer weiteren Bethätigung, Erkennbarkeit oder formeller Publikation abhängig gemacht werden muß.[22])

Behufs Verständigung über den Begriff der Dinglichkeit wolle man sich vergegenwärtigen, daß Forderungen (Schuldverhältnisse) in allen Gebieten des Privatrechts zahlreich vorkommen, namentlich auch im Sachenrechte.[23]) Gleichwohl pflegt man die

---

keines eigenen Besitzrechts, da die Besitzklage aus der Person des Vertretenen hinreicht. S. c. 1 C. si per vim 8. 5; §. 85 C.-Pr.-O. Die Stellvertreter sind also auszuscheiden, wozu die Bestimmung genügt: „Wer nur für einen Anderen besitzt, hat eigene Besitzrechte nicht zu beanspruchen". — Wer dagegen die thatsächliche Gewalt über die Sache im eigenen Interesse ausübt, ist Besitzer, und ihm stehen die Besitzklagen zu. Die „Inhabung" fällt somit als Kunstwort im Gesetze ganz fort, und der Wissenschaft bleibt es überlassen, ob sie die Unterscheidung zwischen juristischem und natürlichem Besitze beibehalten will oder nicht.

[21]) Die sich in einer Besitzposition verkörpernden dinglichen Rechte sind ihrer Natur nach relativ nach drei Richtungen. a) Das Herrschaftsverhältniß kann gegenüber dem Verleiher und solchen Personen, welche ihre Rechte von ihm herleiten, vorhanden sein, dritten Personen gegenüber aber noch nicht, so lange es nicht auch ihnen überhaupt oder in bestimmter Form gegenübertritt. b) Wie das Herrschaftsverhältniß erst mit der Besitzposition oder sonstigen Erkennbarkeit die Wirksamkeit gegen Dritte (volle Dinglichkeit) erlangt, so verliert es sie auch wieder mit dem Verlust dieser Position — vorbehaltlich der Wiederherstellung durch dingliche Klage, falls der Besitz wider Willen verloren ging. c) Hat der Verleiher selbst nur ein relatives Recht — als Sachbesitzer, Erbpächter, Superficiar, Nießbraucher —, so ergiebt die seinerseits erfolgte Bestellung dinglicher Rechte naturgemäß eine ebenfalls nur relative Berechtigung (wie z. B. Preuß. Landr. I 19 §. 33, 20 §. 73 f., 21 §. 388 ff.). Auf die letzten beiden Relativitätsrichtungen (b und c) braucht für den vorliegenden Zweck nicht näher eingegangen zu werden.

[22]) Uebrigens erkennen auch die Motive III 2 an, daß das Wesen der Dinglichkeit in der unmittelbaren Macht der Person über die Sache liege, Absolutheit und Dinglichkeit sich nicht decken.

[23]) So z. B. als Forderungen des Eigenthümers, die a. fin. regundor., der Anspruch auf cautio damni infecti, die a. aequae pluv. arcendae, das interd. quod vi aut clam., die cond. furtiva und die im röm. Recht bald als vindicatio, bald

Schuldverhältnisse als selbstständiges Rechtsgebiet zu betrachten in der Beschränkung auf diejenigen Rechtsverhältnisse, deren Inhalt sich in persönlicher Leistungspflicht erschöpft — im Gegensatze zu den Sachenrechten, zu den immateriellen Vermögensrechten, zu den Familien- und Erbrechten.

Ebenso pflegt das Sachenrecht als besonderes Gebiet betrachtet zu werden, umfassend diejenigen Rechtsverhältnisse, deren ökonomischen Zweck und Inhalt eine Sachherrschaft bildet.

Diejenigen eigenthümlichen Wirkungen, welche dieser Zweck und Inhalt der Sachenrechte mit sich bringt, pflegen als Dinglichkeit bezeichnet zu werden.

Es giebt also, genau gesprochen, keine an sich dinglichen Rechte, vielmehr nur dingliche Wirkungen der Sachenrechte.

Je nachdem die Sachherrschaft sich ökonomisch nur auf die Substanz, oder nur auf Gebrauch und Nutzung, oder auf beides bezieht, dient zu ihrer Sicherung und Erhaltung entweder die Besitzposition oder die Verlautbarung durch Eintragung.

Beide genießen Schutz als prima-facie-Recht; aber ihre Dinglichkeitswirkungen sind doch naturgemäß insoweit verschieden, als die Eintragung formelle Legitimation giebt, welche nur rechtlich, nicht thatsächlich angefochten, Besitz dagegen eine thatsächliche Machtstellung von nicht ohne Weiteres erkennbarem Inhalte, welche nicht nur rechtlich angefochten, sondern auch mit Gewalt einerseits vertheidigt und aufrechterhalten, andererseits gestört und entzogen werden kann.

Was nun die vermeintliche Abgeschlossenheit des Sachenrechts betrifft, so scheitert dieselbe an folgenden Thatsachen:

Eine geschlossene Zahl dinglicher Rechte ein für alle Mal aufzustellen, erscheint nicht als rathsam, weil durch die Kulturentwickelung das Sachenrecht mit der Zeit ebensogut umgestaltet wird, wie die übrigen Privatrechtsgebiete.

als condictio auftretenden Ersatzansprüche gegen den, der dem Eigenthümer die Sache in solcher Weise entzieht, daß sie nicht wiedererlangt werden kann. S. L. Jacobi in Iherings Jahrb. 4 (1861) S. 232 ff. und in der Festgabe für Gneist (1888) S. 139 ff. Daß der Nießbraucher, der Reallastberechtigte, der Kommodatar Forderungen hat, bedarf keiner Ausführung. Am höchsten gespannt ist aber die Verbindung von Forderungs- und Sachenrecht gerade bei der Pacht und Miethe.

Die Abgrenzung des Sachenrechts aber nach der Seite der Forderungsrechte ist deshalb problematisch, weil beide mehrfach ineinandergreifen. Einerseits ist man durch wirthschaftliche Bedürfnisse vielfach genöthigt, Leistungspflichten an die Sachherrschaft zu knüpfen,[24] andererseits ist das Forderungsrecht vielfach vermöge seines Inhalts Titel zur Sachherrschaft.

Hier erscheint zwar die Leistungspflicht als eine persönliche, das Forderungsrecht aber springt als Anspruch auf Erlangung und Sicherung der Sachherrschaft unmittelbar in das Sachenrecht hinüber, es ist relativ dinglich (Recht zur Sache).

Namentlich beruht es auf natürlicher, dem Zwecke der Betheiligten entsprechender Anschauung, daß solche Rechte an Immobilien, deren Ausübung durch Besitz bedingt ist, mit der Bestellung sofort als relativ dinglich entstehen.

Der vertragsmäßige oder gesetzliche Nießbraucher, der sein Recht auszuüben beginnt, der Pächter, welcher die Pacht antritt, der Miether, welcher die Miethswohnung bezieht, sie alle handeln ohne noch einer weiteren Rechtsbegründung durch Uebergabe zu bedürfen,[25] kraft bereits erworbenen dinglichen Rechtes.

Daher bedarf es gegenüber dem Dritten, der von der Bestellung Kenntniß hat, ebensowenig wie gegenüber dem Besteller selbst, erst noch der Besitzbethätigung; wohl aber gegenüber dem Nichtwissenden. Insofern ist das bestellte Recht zunächst nur beschränkt (relativ) dinglich.[26])

---

24) z. B. Verpflichtung zu Grundabgaben und Reallasten, bei den Römern Verpflichtung zum Ersatz für Beschädigungen durch Sklaven und Thiere nach dem Grundsatze noxa caput sequitur. — Auf die Verknüpfung von Forderungsrechten (Gläubigerschaft) mit Sachherrschaft (Inhaberpapiere, Ordrepapiere u. dgl.) braucht hier nicht eingegangen zu werden.

25) Soweit zum Zwecke der Erkennbarkeit noch eine Erklärung des Autors oder des Richters verlangt wird, daß der bisherige Besitz erledigt sei (§§. 1, 4 I 10; §. 59 f. I 7 Preuß. Landr.) ist dieselbe nicht als konstitutiv, sondern blos als deklarativ aufzufassen. S. v. Brünneck, Ursprung des sog. jus ad rem. S. 103 Anm. 56.

26) Daß die vertragsmäßige Einräumung eines Mieth- oder Pachtrechts relativ dinglich wirke, hat auch — gewissermaßen unbewußt — thatsächliche Anerkennung in der deutschen Praxis dadurch gefunden, daß man arg. L. 25 §. 1 D. 19. 2 den conductor für berechtigt erklärte, gegen die beabsichtigte, aber noch nicht

Es ist eine künstliche, wohl erst durch Einfluß des fremden Rechtes zur Herrschaft gelangte Auffassung, daß solche Rechte zunächst als bloße Schuldverhältnisse konstituirt werden, um nachträglich durch dinglichen Traditionsvertrag zu einem ganz neuen Recht umgewandelt zu werden.[27] — Nach dem Entwurfe freilich ist die Thüre des Immobiliarsachenrechts der Privatdisposition verschlossen und steht namentlich dem Dinglichkeitswillen der Mieths- und Pachtinteressen das „Nichtwollendürfen", das Veto des Gesetzgebers entgegen. Denn zum dinglichen Vertrage gehört nach §. 828 d. E. wesentlich die Eintragungsbewilligung, welche für Miether und Pächter nicht wirksam ertheilt werden kann. (S. oben S. 32, 39). Dadurch werden die Betheiligten gegen ihren Willen auf die obligatio faciendi des römischen Rechts zurückgeworfen.

Das Verhältniß des natürlichen Willensinhalts zu diesem Eingriffe des Gesetzgebers ist folgendes:[28]

---

erfolgte Eigenthumsveräußerung zu protestiren und dieselbe durch gerichtliches, die Veräußerung bei Strafe der Nichtigkeit verbietendes Inhibitorium zu hindern. — Allerdings liegt (angeblich) hierin „durchaus nicht irgend ein Moment der Dinglichkeit", der Debitor darf nur nicht eigenmächtig die bestehende Obligation auf Naturalerfüllung in eine Entschädigungs-Obligation umwandeln (!). S. Urth. des Ober-Appel.-Ger. zu Rostock, Entsch. 1 S. 54; Friedlieb, Dinglichkeitsstiftung in der Zeitschr. für Civilr. u. Prozeß, N. F. 19 S. 430 f., 441; Fischer a. a. O. Bd. 2 S. 385. Letzterer hält a. a. O. S. 415 Anm. 328 auch nach dem Entw. Verhinderung der Auflassung (§. 808 d. E.) durch ein vom Miether zu erwirkendes Verbot (§. 814 C.-P.-O.) für zuläßig. — Den historischen Zusammenhang des Inhibitorii mit dem jus ad rem weist nach v. Brünneck, Ursprung des sog. jus ad rem S. 90 f.

[27]) Möglich wird eine derartige Auffassung erst dann, wenn die Verkehrsformen ein Auseinanderfallen von Titel und Modus beim Erwerbe der Sachenrechte mit sich bringen. So lange der rechtsbegründende Vertrag zugleich unmittelbar Sachherrschaft verleiht, wie bei der altrömischen mancipatio, bei der altdeutschen investitura, ist die Vorstellung einer Rechtsumwandlung von selbst ausgeschlossen. — Damit hängt zusammen der Streit über die „Entäußerungsnatur der Verkaufserklärung". S. Windscheid, Pand. Bd. 2 §. 389 Anm. 2, vergl. mit Dernburg, Pand. Bd. 2 §. 94 Anm. 6.

[28]) Vergl. hierzu Stobbe, Lehrb. Bd 1. §. 66 S. 554, Bd. 3 §. 175 Anm. 11, 12 und die daselbst angeführte Literatur. Auf ein Streben, vom blos obligatorischen zum obligatorisch-dinglichen Vertrage überzugehen, dürfte auch die longobardische Sitte hindeuten, durch Uebergabe der Veräußerungsurkunde (carta) die missio in vacuam possessionem zu ersetzen. S. Brunner, zur Rechtsgeschichte der römischen

Thatsächlich liegt beim Erwerbe eines Mieths- oder Pachtrechts der animus sibi habendi ebensogut vor, wie in den Fällen des Nießbrauchers, Superficiars, Faustpfandgläubigers. Die Erfüllung des Vertrags soll das bezweckte Besitzverhältniß herbeiführen und sicherstellen.

Wird nun im Vertrage bezeugt, daß der locator soviel an ihm liegt, bereits erfüllt habe, — was durch Bekenntniß bereits erfolgter Uebergabe, durch Autorisation zur einseitigen Besitznahme oder Erklärung den Besitz einzuräumen geschieht, — so ist damit das die Dinglichkeit ausmachende Herrschaftverhältniß dem Verleiher gegenüber unmittelbar hergestellt; der obligatorische Vertrag zugleich dinglich wirksam geworden.

Solcher besonderen Erklärungen bedarf es aber eben nur da, wo die Auffassung des Vertrags als an sich eine bloße obligatio begründend, die herrschende und deshalb nächstliegende ist. Wo dagegen, wie nach der nationalen Volksauffassung im Gebiet unseres Immobiliarsachenrechts, die Verleihung von Besitz- und Nutzungsrechten ohne Weiteres als Einräumung des jus possidendi (traditio juris) aufgefaßt wird, da braucht die Annahme einer blos obligatorischen Wirkung nicht erst noch durch besondere Erklärungen abgelehnt, es müßte vielmehr die Nichteinräumung des jus possidendi als Ausnahmefall besonders manifestirt werden.

Die hier in Betracht kommende Theorie des relativ dinglichen Rechtes (s. g. jus ad rem), wie sie schon durch die italienischen Kommentatoren des 14. Jahrhunderts ausgebildet wurde und in gewissem Umfang auch in neueren Gesetzgebungen Aufnahme gefunden hat,[29]) ist, soweit sie hier interessirt, folgende.

---

und germanischen Urkunde S. 112 ff.; Beispiele bei Kohler, Beiträge zur germanischen Privatrechtsgeschichte Heft 1 Nr. 1 bis 5, Heft 2 Nr. 10, 13 bis 15; Fischer a. a. O. S. 381 f. Auch Jacobi a. a. O. §. IV Anm. 5.

[29]) S. namentlich Ziebarth, Realexekution S. 197 ff., 205 ff.; v. Brünneck Ursprung des sog. jus ad rem. S. 29 f., 53 f., 82 ff.; Stobbe, Lehrb. Bd. 1 66 Nr. 4, Bd. 3 §. 175 Anm. 11, 12. Die Relativität der zwar vorhandenen, aber für Dritte noch nicht erkennbar gewordenen oder zur Zeit nicht erkennbaren dinglichen Rechte (einschließlich des Eigenthums) zeigt sich namentlich dadurch, daß sie gegenüber redlichem Erwerb eines kollidirenden dinglichen Rechtes nicht geltend gemacht werden können, bezw. sich auf Entschädigungsansprüche gegen den Autor reduziren. Allg. Preuß. Landrecht I 2 §. 137 ff., 10 §§. 18 ff., 24, 25, 19 §§. 1 ff., 5, 6; auch I 15 §. 45 f.; Sächs. B. G.-B. §. 296; Oesterr. B. G.-B. §. 371 betr.

Das relativ dingliche Recht kann nicht resp. kann nicht mehr geltend gemacht werden, wenn ein Dritter auf Grund onerosen Titels und in Unkenntniß jenes Rechtes des Anderen vom Autor oder dessen Rechtsnachfolger dieselbe Sache tradirt resp. ein kollidirendes dingliches Recht eingeräumt erhält.

Zur vollen (absoluten) Wirksamkeit gelangt das relativ dingliche Recht entweder durch die Besitzergreifung (traditio possessionis) oder durch die dem Besteller gegenüber zu erzwingende Realexekution. Beides sind die Mittel, die dem unbetheiligten und unwissenden Dritten gegenüber erforderliche Erkennbarkeit herbeizuführen.

Das „Recht zur Sache" ist nun zwar als eine „durchaus entbehrliche und unergiebige Erfindung des 18. Jahrhunderts" bezeichnet worden.[30]) Allein dieser Vorwurf trifft keineswegs den Kernpunkt: die Wirksamkeit des auf Einräumung unmittelbarer Herrschaftsrechte gerichteten Privatwillens. Er ist vielmehr nur gegen die ebenso unrichtige als verkünstelte Auffassung gerichtet, daß „im modernen Vermögensrecht zwischen das relative (persönliche)

---

Gold und Papiergeld; Code civil a. 2279, 2280 betr. Vindikation verlorener und gestohlener Sachen, — und ebenda a. 1138 betr. Eigenthumserwerb durch dinglichen Vertrag. Ist der Erwerbsakt ein besonders geschützter, so kommt es nicht einmal auf das Recht des Bestellers an, wie z. B. bei Käufen vom Fiskus, in öffentl. Auktion oder im kaufmännischen Verkehr. Preuß. Landrecht I 11 §§. 42 ff., 47 f.; D. H.-G.-B. a. 306, 307; Oesterr. B. G.-B. §§. 367 f.

[30]) S. Förster Preuß. Privatrecht (4. Aufl.) Bd. 3 S. 4 ff. Hier wird nach Aufstellung des Satzes, daß die Absolutheit das Wesen der Dinglichkeit ausmache, gegen die Eintheilung der persönlichen Rechte in solche im engeren Sinn und Rechte zur Sache polemisirt. In der That handelt es sich aber um die in der Natur der Sache begründete Entwickelung und Wandelbarkeit dinglicher Rechtswirkung. Nur ist nicht zu übersehen, daß durch denselben Bestellungsakt, welcher das relativ dingliche Recht, z. B. ein Pacht- oder Nießbrauchsrecht, ins Leben ruft, in der Regel zugleich persönliche Verpflichtungen übernommen werden. — Ferner ist nicht zu leugnen, daß der Angriff Försters einigermaßen berechtigt ist, soweit er sich richtet gegen die Ausdrucksweise des Preuß. Landrechts, nach welcher das „Recht zur Sache" ein persönliches und ein bloßer Titel ist. §§. 131 ff., 134 Th. I Tit. 2, §. 5 Tit. 19 a. a. O. In Wirklichkeit ist die „hinzukommende Erwerbsart" nicht Konstituirung eines neuen Rechtes, sondern nur das Moment, durch welches sich das vorhandene dingliche Recht zur vollen Wirksamkeit entwickelt. — Auf den Zusammenhang der Grundzüge des germanischen Sachenrechts (Gewere, rechte Gewere, Investitur, Hand muß Hand wahren u. dgl.) mit der Entwickelung der Theorie des jus ad rem kann hier nicht eingegangen werden.

und das absolute (dingliche) Recht ein Mittelglied, das relativ dingliche Recht eingeschoben werde." — Um eine solche Einschiebung handelt es sich, wie dargelegt, keineswegs.

Von besonderem Interesse ist in dieser Beziehung die Geschichte der preußischen Grundbuchgesetzgebung. Namentlich durch die Motive und die Berathung zu §. 12 des Grunderwerbsgesetzes vom 5. Mai 1872 wurden folgende wichtige Gesichtspunkte klargestellt, sodaß sie zu allseitiger Anerkennung gelangten.

Zunächst wurde es als unausführbar anerkannt aus Gründen der Erfahrung und Zweckmäßigkeit, die Eintragungstheorie in ihrer Strenge und Ausschließlichkeit anzuwenden auf den Erwerb der in die zweite Rubrik des Grundbuchs gehörigen dinglichen Rechte.[31]) Sodann überzeugte man sich, daß die Begründung der dinglichen Rechte scharf zu unterscheiden sei von dem Moment ihrer Wirksamkeit gegen Dritte.[32]) Endlich war man allseitig dahin einverstanden, daß den Bedürfnissen des Realkredits vollkommen genügt werde durch die Auffassung der Eintragung als Begründungsakt[33]) bei Hypotheken und Grundschulden, wogegen die übrigen dinglichen Rechte an fremden Immobilien beliebig — durch Rechtsgeschäft, Ehe, väterliche Gewalt oder sonst — begründet werden, Wirksamkeit gegen Dritte aber erst durch eine besondere Bethätigung erlangen; als welche bei Grundgerech-

[31]) S. Bahlmann, Grundbuchrecht S. 52; Dernburg, Preuß. Pr.-Recht Bd. 1 §. 275; Dernburg und Hinrichs, Preußisches Hypothekenrecht I S. 413 ff.

[32]) Gegenüber dem Einwande, daß die Dinglichkeit des Rechtes gerade in dessen Wirksamkeit gegen Dritte bestehe, bemerkt Dernburg a. a. O. Bd. 1 §. 275 Anm. 4 mit Recht, daß jene Wirksamkeit zwar regelmäßig vorzufinden sei, das entscheidende Moment aber nicht in ihr liege, sondern in der Unmittelbarkeit der Sachherrschaft. Diese trete namentlich auch hervor in der Möglichkeit einer dinglichen Klage, sowie eines Possessoriums gegenüber dem Besteller und dessen Erben.

[33]) Nach dem Entwurfe §. 826 begründet die Eintragung in allen Fällen ohne Unterschied eine Vermuthung dafür, daß das eingetragene Recht besteht resp. im Falle der Löschung, daß es nicht besteht. Die Eintragung gilt also nicht als Begründungsakt, sondern als Beweismittel. Baehr in der kritischen Vierteljahrschr. 30 S. 502 und Gierke in Schmollers Jahrb. 13 S. 290 Anm. 1 halten den Ausdruck „Vermuthung" für verfehlt, da es sich vielmehr handle um eine „in gewissem Umfange unabhängig von der wahren Berechtigung wirksame Legitimation zur Ausübung von Rechten."

tigkeiten[34]), Pacht und Miethe Besitzerlangung genügend befunden, dagegen bei Personalservituten und Reallasten Eintragung gefordert wurde.

Begrifflich ist die Dinglichkeit, d. h. ein unmittelbares Herrschaftsverhältniß zur Sache — wenngleich unentwickelt — schon mit der vertragsmäßigen Einräumung vorhanden. Dritten gegenüber aber entwickelt sich das Herrschaftsverhältniß erst dadurch, daß es ihnen erkennbar gegenübertritt.

Diese die Wirkung gegen Dritte bedingende Deklaration der Dinglichkeit erfolgt je nach dem Inhalte des Rechtes entweder von selbst durch die Bethätigung im Besitz oder durch die künstliche Verlautbarung vermittelst der Eintragung; sodaß diese beiden Mittel die volle Dinglichkeit — Wirkung gegen Dritte — herbeizuführen, sich naturgemäß ergänzen und zwar derartig:

daß die ihrer Natur nach dinglichen, d. h. unmittelbare Sachherrschaft bedingenden Rechte, ihre Vollwirkung, d. h. Wirksamkeit gegen Dritte, zwar durch künstliche Verlautbarung (Eintragung) allemal erlangen;

daß es dagegen zur Erlangung dieser Wirksamkeit der Eintragung nicht bedarf bei denjenigen dinglichen Rechten, welche sich als Gebrauchs- und Nutzungsrechte naturgemäß in einer Besitzposition verkörpern; daß bei diesen letzteren vielmehr Besitzerlangung genügt, Eintragung nur den Realgläubigern gegenüber erforderlich ist.[35])

[34]) Ueber den Eintragungszwang bei den Grundgerechtigkeiten s. d. Mot. III 164 ff. Gegen denselben Dernburg als Referent in den Verhandlungen des 19. Juristentages Bd. 3 S. 105 ff., 127 f., 305 f. (mit Zustimmung der Abtheilung); ferner Baehr in den Kritischen Vierteljahrsschr. 30 S. 504 und Gierke in Schmollers Jahrb. 12 S. 293 f.

[35]) Für den Fall der Subhastation und des Konkurses können nach Drechsler, Verh. des 19. Juristentages Bd. 3 S. 68 Pächter ganzer Güter und Miether ganzer Häuser sich dadurch sichern, daß sie im Voraus für sich Entschädigungssummen von verschiedener Höhe in Rubr. III eintragen lassen, je nachdem sie während der Kontraktszeit früher oder später werden abziehen müssen. Dies kann sehr zweckmäßig und mag in einzelnen Gegenden üblich sein. Diese fixirte Hypothek ist einerseits der oben S. 36 und 47 erwähnten Kautionshypothek vorzuziehen, andererseits aber als Konventionalstrafe, wo nicht üblich, schwer durchzusetzen. — Es dürfte sich empfehlen, Eintragung ausnahmsweise zu fordern behufs

Dem entspricht, wenn auch nicht durchweg, das Grundbuchsystem, zu welchem, wie die Motive III 10 bemerken, man in Preußen in neuerer Zeit übergegangen ist.[36])

Es unterscheidet sich recht erheblich von dem Entwurfe, welcher das Eintragungsprinzip „im Wesentlichen vollständig" durchführt, also dasjenige sanktionirt, was in Preußen als unausführbar verworfen wurde, — ohne die entgegenstehenden Bedenken auch nur einigermaßen eingehend zu würdigen.

Eine eingehende Würdigung wäre aber umsomehr am Platze gewesen, als — wie die Motive III 20 hervorheben — „das Eintragungsprinzip in den meisten Gesetzen nicht für alle neben der Hypothek und der Grundschuld vorkommenden begrenzten Rechte verwerthet wird." —

Aus den angedeuteten Gründen erscheint eine Umgestaltung des Entwurfs hinsichtlich der Besitzlehre und des Grundbuchsystems im Sinne der obigen Bemerkungen als unumgänglich.

Als Folgen dieser Umgestaltung werden sich von selbst ergeben: die Anerkennung des Mieths- und Pachtbesitzes, sowie die Anerkennung

---

Ausschlusses der Kündigung im Subhastationsfalle dergestalt, daß Ersteher die Verträge übernehmen muß, falls sie nach dem Datum der Eintragung dem Rechte des betreibenden Gläubigers vorgehen. Steht dagegen die Eintragung dem Rechte des betreibenden Gläubigers nach, so würde nur an der durch sie bestimmten Stelle Gelderſatz zu liquidiren sein. Fischer a. a. O. Bd. 2 S. 444 f.

[36]) Nach den Motiven der Regierungsvorlage zum Entwurf des Grundeigenth.-Erwerbsgesetzes von 1871/72 S. 25 wurde von dem allgemeinen Gedanken ausgegangen, daß das dinglich gewordene Recht das unbedingte Uebergewicht über das blos persönliche verdiene, ferner daß der Erwerb in Kenntniß eines älteren auf die Sache bezüglichen persönlichen Anspruchs eine Schlechtgläubigkeit noch nicht enthalte. Dem entsprechen die §§. 4, 15 des Grundeigenth-Erwerbsgesetzes vom 5. Mai 1872. — Man war sich also nicht klar über die rechtliche Natur der Kollisionsfälle; denn in ihnen handelt es sich keineswegs um die Richtung eines persönlichen Anspruchs gegen einen malae fidei possessor resp. um eine a. doli, sondern darum, daß der Wissende die Richterkennbarkeit des früher entstandenen relativ dinglichen Rechts nicht vorschützen kann. — S. oben Anm. 29. — Ferner ist in §§. 4 und 15 citt. nur die Kenntniß von einem älteren Anspruch auf Eintragung für unschädlich erklärt. Dagegen ist die Frage offen geblieben, ob für die nicht entschiedenen Fälle das s. g. Recht zur Sache fortbestehe, ob also namentlich dem eingetragenen Erwerber entgegenstehe die Kenntniß von der bereits erfolgten Bestellung einer Grundgerechtigkeit, eines Miethes- oder Pachtsrechts, welche ja der Eintragung überhaupt nicht bedürfen. Für die Bejahung s.

des Mieth- und Pachtrechts als von Natur dingliche, in das Sachenrecht gehörige Rechte, deren Wirksamkeit gegen Dritte von der Besitzeinräumung abhängig ist.[37])

Als Schlußresultat ergiebt sich nach obigen Darlegungen:

1. daß in der vorliegenden Materie den der national-deutschen Rechtsentwickelung und zugleich der Natur der Sache am meisten entsprechenden Vorschriften des Preußischen Landrechts der Vorzug einzuräumen ist vor den unvollkommneren Normen des französischen und des gemeinen Rechtes; sowie
2. daß Dinglichkeit und Besitz bei Miethe und Pacht keineswegs als positive Ausnahmebestimmungen in das bürgerliche Gesetzbuch aufzunehmen sind, sondern vielmehr als Folgesätze der allgemeinen, im Vorstehenden angedeuteten Grundprinzipien.

---

Turnau, Grundbuch-Ordg. Bd. 1 S. 26, 45 f.; Achilles, Grundeigenthum und Hypothekenrecht (3. Ausgabe) S. 140; Dernburg und Hinrichs, Preuß. Hypothekenrecht I S. 4, 21; Foerster-Eccius, Preuß. Privatr. Bd. 3 §. 156 Anm. 25.

[37]) Dabei bedarf es freilich näherer Bestimmung, wer als „Dritter" anzusehen, ob jeder Erwerber mit Ausnahme dessen, der das relativ dingliche Recht selbst konstituirt oder den Konstituenten beerbt hat? oder auch mit Ausnahme derer, die entweder von der Bestellung Kenntniß hatten oder gar dem Veräußerer gegenüber das relativ dingliche Recht vertragsmäßig übernahmen. Vgl. Dernburg und Hinrichs a. a. O. S. 420 Anm. 11; Achilles a. a. O. S. 135 f.

4.

# Einige Bemerkungen, betr. die Angabe des Rechtsgrunds bei dem Uebereignungsvertrage.

Von Gerichtsassessor **Gerson** in Duisburg a. Rh.

---

Die Bestimmungen der §§. 829 und 874 des Entwurfs, nämlich:

1. Zur Wirksamkeit des im §. 828 bezeichneten (Auflassungs-) Vertrages ist die Angabe des Rechtsgrundes nicht erforderlich. Die Wirksamkeit des Vertrages wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Vertragschließenden verschiedene Rechtsgründe vorausgesetzt haben, oder daß der von ihnen vorausgesetzte Rechtsgrund nicht vorhanden oder ungiltig war.

   Die Vorschriften der §§. 737 bis 748 über Rückforderung einer Leistung wegen ungerechtfertigter Bereicherung bleiben unberührt.

2. Zur Uebertragung des Eigenthums an einer beweglichen Sache durch Rechtsgeschäft ist ein zwischen dem Eigenthümer und dem Erwerber unter Uebergabe der Sache zu schließender Vertrag erforderlich, welcher die Willenserklärung der Vertragschließenden enthält, daß das Eigenthum auf den Erwerber übergehen soll. Die Vorschriften des §. 829 finden entsprechende Anwendung.

sind die Folge der Annahme eines in der Uebereignung gegebenen abstrakten Vertrags. Diese Annahme findet sich bekanntlich schon

im Preußischen Gesetze vom 5. Mai 1872 für den Erwerb von Grundstücken.

Der dingliche Uebereignungsvertrag ist im römischen Recht in folgenden grundlegenden Stellen erwähnt:

1. Per traditionem quoque jure naturali res nobis acquiruntur, nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi (L. 40, T. 2, 1).
2. Traditionibus et usucapionibus, non nudis pactis, dominia rerum transferuntur (L. 20 Cod. 2, 3, Dioclet. Maximian. Constant.).
3. Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua justa causa praecesserit propter quam traditio sequeretur (L. 31 pr. D. 41, 1 Paulus).
4. Traditio est alienatio rerum nec mancipi, harum rerum dominium ipsa traditione adprehendimus, scilicet, si ex justa causa traditae sint nobis (Ulp., Fragm. XIX, 7).

Diese Stellen haben bekanntlich ihre eigene Literatur. Zum Verständnisse derselben hat sich erst die Neuzeit einigermaßen durchgerungen. Insbesondere ist die Bedeutung des vieldeutigen Wortes causa, dessen Definition die Quellen nicht enthalten, von jeher streitig gewesen. Die Römer bezeichneten mit „causa" die verschiedenartigsten Begriffe, so z. B. den Beweggrund in der Stelle: Justa causa manumissionis est, si periculo vitae infamiaeve dominum servus liberaverit (L. 9 D. 40, 2); so ferner bei der Exheredation im Pflichttheilsrechte; sodann bedeutet dies Wort die Triebfeder, wenn Quintilian als causae der Handlungen odium, metus, cupiditas, spes nennt. Ferner heißt es: causa faciendi libido fuit, non furtum (L. 39 D. 47, 2). Sogar die Tradition wird als causa bezeichnet (L. 11 §§. 4, 5; l. 25 pr. D. 44, 2). Einige hundert verschiedene Bedeutungen dieses Wortes hat Voigt, condictiones ob causam, in der Einleitung zusammengestellt.

Die für das gemeine Recht schon von Puchta (Inst. II §. 256 N. ii) als verschollen bezeichnete, erst von Hugo (Civ.-Magaz. Bd. IV S. 145) beseitigte Lehre vom titulus und modus acquirendi war es bekanntlich, welche nach erfolgter Rezeption des römischen Rechtes die Bedeutung des Wortes causa in den obigen Stellen

verdunkelte. Man dachte wahrscheinlich an den justus titulus, welcher bei der Ersitzung erfordert wird (vgl. L. 24 Cod. 3, 32), und nahm ohne Weiteres an, es müsse erst ein Titel, ein verpflichtendes Rechtsgeschäft, zum Abschlusse gekommen sein, ehe der Eigenthumserwerb durch Tradition rechtswirksam erfolgen könne, und dieser Titel sei die justa causa, welcher nach den Quellen zur Tradition erforderlich ist. Hierbei wurde die Lehre von der condictio indebiti, vom mutuum, den irregulären Realkontrakten, und den mit einem dare beginnenden Innominatkontrakten verletzt.

Unter Vorantritt von Duarenus (Pand. comm. XLI tit. 1 cap. 13 i. f.) und Donellus (Lib. IV cap. XVI §. 7 in comm. de jure civ.) wurde sodann im 16. Jahrhundert angenommen, eine causa in diesem Sinne sei für die Tradition gar nicht erforderlich. Das obligatorische Rechtsgeschäft komme nur in Betracht, wenn Vorhandensein und Folgerichtigkeit des Uebereignungswillens im Prozesse streitig sei: causa ad probationem tantum exigitur. Neben der Tradition sei nur noch der Uebereignungswille erforderlich.

Endlich die Juristen der Neuzeit nehmen an, die causa traditionis sei gar nicht das voraufgegangene Rechtsgeschäft. Die Haupttheorieen gehen dahin:

1. Es heiße soviel, wie objektiver Rechtfertigungsgrund,
2. es heiße soviel, wie Motiv,
3. es bedeute nichts Anderes, als den beiderseitigen Uebereignungswillen selbst,
4. es bedeute die Absicht, in welcher, bezw. den juristischen Zweck, zu welchem die Uebereignung erfolge.[1])

---

[1]) Schweppe: Die auf ein Rechtsgeschäft gegründete Uebereignungsabsicht; Warnkönig: die den Eigenthumsbesitz rechtfertigenden Thatsachen; Göschen: Thatsachen, welche den Empfänger berechtigen, die Uebertragungsabsicht des Tradenten anzunehmen; Seuffert: Gegenseitige Uebereignungsabsicht zufolge eines darauf gerichteten Rechtsgeschäfts; Bähr: subjektiver und objektiver Grund der abstrakten Vermögenszuwendung; Puchta: übereinstimmender Uebereignungswille; Marezoll: Uebereignungskonsens; Windscheid: Indizirende Erkenntnißquelle für den Uebereignungswillen; Scheurl: Absicht, ein Uebereignungs- bezw. Rechtsgeschäft zum Vollzuge zu bringen; Voigt: Obligatorisches Element des Uebereignungswillens; Mayer: Rechtfertigender Grund für die Uebereignung, falls solche der aequitas widerspräche; Bruns: Subjektives Motiv; Brinz: Nicht Motiv, sondern Wille einschließlich des Motivs; Leist: Zeichen der faktischen

Von diesen Theorieen dürfte die letztere, die Arndts'sche, den Vorzug verdienen. Zieht man aus dieser mit Arndts die Konsequenzen, so ist festzustellen, daß bei der Uebereignung in Betracht kommt: Zunächst der körperliche Traditionsakt, sodann der Uebereignungswille, und endlich als Element des letzteren der juristische Zweck, welcher den abstrakten Uebereignungswillen konkretisirt, welcher aber für die Frage des Eigenthumsübergangs so wenig in Betracht kommt, daß es weder erforderlich ist, daß derselbe schon vor der Uebergabe gegeben sei, noch daß überhaupt ein solcher wirklich bestehe, noch daß derselbe rechtlich ausdrücklich gebilligt sei. Die Uebereignung also ist ein abstrakter dinglicher Vertrag, welcher ohne Rücksicht auf die obligatorischen Beziehungen der Parteien das Eigenthum überträgt, und welcher in seiner Reinheit vorhanden ist, wenn die Parteien zwar beide den Uebereignungswillen hatten, aber Dissens über die causa vorlag, wenn z. B. der eine zahlen, der andere geschenkt nehmen wollte (L. 36. D. 41, 1 Julian). Das ist der extreme moderne Standpunkt, welcher, obgleich die Akten hierüber durchaus noch nicht als geschlossen zu betrachten, dennoch zur Zeit in der maßgebenden Literatur derart zur Herrschaft gelangt ist, daß eine Untersuchung, ob mit der völligen Ignorirung der causa nicht über das Ziel hinausgeschossen ist, nicht unternommen werden soll.

Ueber die causa sagt Jhering:

> Das Kausalmoment bei der Eigenthumsübertragung ist nicht bloßes Motiv, wenn auch dem Motive sehr ähnlich, sondern ein Element des Geschäfts selbst, über das beide Parteien einverstanden sind, eine gemeinsame Voraussetzung desselben, ein Moment, welches diesem Akt erst seinen spezifischen vermögensrechtlichen Charakter als Zahlung,

---

Widerspruchslosigkeit des Uebereignungswillens, bei venditio konstitutiv, sonst nur deklaratorisch; Fitting: Objektiver Rechtfertigungsgrund im ökonomischen Sinne; Exner: Summe aller objektiven und subjektiven, die Tradition zusammen veranlassenden Thatsachen; Bernhöft: Inbegriff der erheblichen, den Besitz als rechtmäßig charakterisirenden Thatsachen, bei Ersitzung wie bei Tradition; Lotmar: Konsequenz des feststehenden, Surrogat des nicht feststehenden Uebereignungskonsenses; Karlowa: Ein durch Tradition realisirbarer Zweck; Arndts-Hofmann: Rechtliche Absicht.

Schenkung, Zweckgabe u. s. w., ausdrückt, kurz, ein zur vollständigen Charakteristik dieses Aktes völlig unentbehrliches Merkmal. (Geist des röm. R. Bd. III 1 S. 199 ff.)

Die Motive zum Entwurfe fassen, im Gegensatz hierzu und zu der Mehrzahl der Schriftsteller, die causa, welche sie mit „Rechtsgrund" wiedergeben, einfach als Motiv auf (vgl. Bd. III S. 9 zu e), sie nehmen an, dieselbe sei für den dinglichen Vertrag so unerheblich, wie das Motiv im Civilrecht es durchgehends sei, und Ungiltigkeit, Nichtvorhandensein und ein- oder beiderseitiger Irrthum bezüglich des Motivs komme nicht in Betracht. [2])

Der Entwurf geht aber noch weiter, indem es im §. 829 (vgl. auch §§. 290 Abs. 2, 294 Abs. 2, 683, 684), welcher wieder im §. 874 allegirt ist, heißt:

Zur Wirksamkeit des (Uebereignungs-)Vertrages ist die Angabe des Rechtsgrundes nicht erforderlich.

Eine entsprechende Bestimmung findet sich im Preuß. Grunderwerbsgesetze nicht. Was soll nun diese ausdrückliche Hervorhebung besagen und welche Tragweite soll die Bestimmung haben?

Daß A, wenn er dem B eine Kaufsache überreicht, dabei nicht ausdrücklich sagen muß: „Ich gebe Dir die Sache als eine gekaufte!" das braucht im Gesetze nicht hervorgehoben zu werden. Daß ferner ein überhaupt entbehrlicher, schriftlicher Vertrag, in welchem etwa von dem Kaufgeschäfte nichts erwähnt ist, den Uebergang des Eigenthums nicht hindert, liegt auf der Hand. Daß bei Grundstücken behufs Eintragung der Auflassung der Richter die Angabe des Rechtsgrunds nicht verlangen kann, geht schon aus den übrigen Bestimmungen hervor (vgl. die Preuß. Ges. vom 5. Mai 1872).

Wenn jedoch im Rechtsstreite der Parteien oder ihrer Rechtsnachfolger oder eines Dritten mit ihnen Eigenthumsübergang durch Tradition behauptet wird, genügt es dann, daß vom Empfänger neben der Tradition eine abstrakte Erklärung dahin, daß übereignet werden sollte, nachgewiesen wird, oder muß im Bestreitungsfalle zum mindesten auf Verlangen des Richters, welcher von dem Vor-

[2]) Vgl. hiergegen die L. 65 §. 2 D. 12, 6, welche annimmt, daß das neben dem donare velle vorhandene Motiv unwesentlich sei, daß es vielmehr nur auf das donare velle ankomme.

liegen eines giltigen Geschäfts nicht überzeugt ist, der Rechtsgrund angegeben werden?

Bei Grundstücken soll schon nach dem Preuß. Ges. die Willenserklärung genügen. Zunächst soll der Richter bei der Auflassung nicht prüfen können, ob wirklich der Wille, sondern nur, ob die Willenserklärung vorliegt. Dies ist das mit Unrecht sogenannte Konsensprinzip (richtiger Konsonanzprinzip). Beim Grundstückverkehre liegt außer der richterlichen Betheiligung beim Uebereignungsakte noch die Besonderheit vor, daß demnächst die Umschreibung in öffentlichem Buch erfolgt. Die Zulassung des Verschweigens der causa mag hier immerhin von praktischer Ersprießlichkeit sein. Es mag in manchen Fällen den Parteien ebenso erwünscht sein, sich über den Rechtsgrund nicht zu äußern, wie dem Richter, denselben nicht prüfen zu müssen, und man dachte: besser, in wenigen Fällen einen Betrogenen auf den Kondiktionsweg zu verweisen, als in allen Fällen den Rechtsgrund in den Uebereignungsakt hineinzuziehen. (Vgl. die Motive Bd. III S. 187). Ferner empfiehlt es sich, die Legitimation des neu eingetragenen Eigenthümers ohne weiteres anzuerkennen und den Bestreitenden auf den Kondiktionsweg zu verweisen, eben weil jener auf Grund des richterlichen Auflassungsakts im öffentlichen Grundbuch als Erwerber eingetragen steht, vgl. §. 10 d. Ges. v. 5. Mai 1872.

Somit mag man, indem man die Vortheile gegen die Bedenken abwägt, mit den Motiven sagen:

> Wenn die Angabe des Rechtsgrundes zur Wirksamkeit des dinglichen Vertrages für nicht erforderlich erklärt wird, so erwächst hieraus für das Grundbuchrecht der besondere Vortheil, daß der Rechtsgrund von der Sachprüfung des Grundbuchrichters ausgeschlossen werden kann. Dieser Vortheil ist um so höher anzuschlagen, als gerade die Umständlichkeit und Schwerfälligkeit des Verfahrens, welche die Erstreckung der Sachprüfung auf die obligatorischen Beziehungen der Parteien zur Folge hat, einer der Hauptgründe gewesen ist, welche die Preuß. Gesetzgebung im Jahre 1872 zur Annahme des Konsensprinzipes bestimmten.

Eine Nöthigung zur Offenlegung jener Beziehungen vor

der Buchbehörde könnte nur den rechtspolizeilichen Zweck haben, Schutz dagegen zu gewähren, daß die dinglichen Rechtsänderungen mit den obligatorischen Rechten und Pflichten der Parteien in Widerspruch treten. Die Erstrebung dieses Schutzes durch positive Vorschriften, welche darauf abzielen, die Betheiligten der Sorge für die sachgemäße Abschließung der Geschäfte zu überheben, liegt aber außerhalb der Grenzen, in welchen die Privatrechtsgesetzgebung sich zu bewegen hat. (Mot. Bd. III S. 187 f.)

Ganz anders liegt aber die Frage bei beweglichen Sachen. Hier trifft alles oben Gesagte nicht zu. Nichtsdestoweniger stellt der Entwurf im §. 874 völlig kongruente Bestimmungen auf. Auch hier soll es nur auf die Willenserklärung ankommen, und der §. 829, wonach die Angabe des Rechtsgrunds nicht erforderlich ist, wird ohne Weiteres in Bezug genommen. Diese Bestimmung muß dahin verstanden werden:

> Der Erwerber, welcher in die Lage kommt, den Erwerb zu beweisen, braucht nur Traditionsakt und Willenserklärung darzuthun; daß der Wille wirklich vorhanden war, braucht er dann nach §. 194 Abs. 2 nicht mehr zu beweisen; ja, er ist nicht einmal verpflichtet, dem Richter oder dem Gegner den Rechtsgrund anzugeben.

Nun ist es ja richtig, daß es in vielen Fällen dem Eigenthümer erwünscht sein wird, im Prozesse nur die Erklärung seines Tradenten, daß er habe übereignen wollen, nachweisen zu müssen. Fraudulose und nichtige Geschäfte aller Art, Wuchervergütungen, Stempelhinterziehungen, pflichtwidrige Schenkungen, Lohn für begangene Verbrechen, Bestechungsvergütungen, Sündengelder, Schweigegelder, Pfandverschleppungen, hoc genus omne, erhalten Schutz und Legalität unter dem weiten Deckmantel der Entwurfsbestimmung.[3])

Tritt z. B. nach stattgehabter Pfändung bei dem Schuldner B. seine Ehefrau oder dessen Freund C. als Intervenient auf und

---

[3]) Wie dies nun z. B. mit den §§. 105 ff., 108 ff. des Entwurfs, dem §. 7 des Gesetzes vom 21. Juli 1879 und Artikel 3 des Gesetzes vom 24. Mai 1880 zu vereinigen, steht dahin.

beansprucht Freigabe der gepfändeten Gegenstände, indem er einen Zettel produzirt, in welchem ihm B. schon längere Zeit vor der Pfändung die fraglichen Gegenstände schlechthin übereignen zu wollen erklärt hat, so braucht er außer der — etwa unter Gebrauchsvorbehalt erfolgten — Uebergabe keineswegs einen Rechtsgrund anzugeben oder nachzuweisen; es ist vielmehr Sache des Pfändungsgläubigers, die obwaltenden Umstände zu eruiren und den Gegenbeweis zu liefern, so daß das Verfahren, die Pfändungen zu vereiteln, gegen früher bedeutend erleichtert werden wird.

Oder es sind einem Wucherer Gegenstände als Wuchervergütung übertragen und bei dem Schuldner, dem etwa der Gebrauch überlassen war, gepfändet; dann muß der den Verhältnissen völlig fernstehende Pfändungsgläubiger dem Wucherer, welcher intervenirt und sich etwa wieder durch einen solchen Uebereignungszettel als Eigenthümer ausweist, das Vorliegen eines Wuchergeschäfts in concreto — woran er vielleicht gar nicht denkt — beweisen, widrigenfalls der Richter das Eigenthum des Wucherers zu schützen und, weil ihm die Frage nach dem Rechtsgrunde verboten ist, dahin mitzuwirken hat, daß dem Gläubiger auch der Kondiktionsweg illusorisch gemacht wird.

Eine pflichtwidrige Schenkung (§. 2009 ff.) oder die frauduloſe unentgeltliche Entäußerung eines Pfandobjekts anzufechten, wird sehr schwer halten, wenn nur der Veräußerer in dem Uebereignungszettel und der Erwerber im Prozesse bei seinen Ausdrücken sich thunlichster Knappheit befleißigt.

Soll der todten Hand eine unerlaubte Schenkung unter Umgehung der Genehmigung gemacht werden, so wird sich zur Bemäntelung eine möglichst abstrakte Ausdrucksweise gleichfalls empfehlen.

Es ist in der Praxis oft vorgekommen, daß in einem Prozesse des Intervenienten gegen den Pfändungsgläubiger ersterer unterlag, weil, als er den Erwerb des Eigenthums vom Schuldner nachweisen sollte, und ihm aufgegeben wurde, das Rechtsgeschäft zu bezeichnen, es sich herausstellte, daß ihm von diesem durch bloßes Scheingeschäft Eigenthum übertragen war. In Zukunft wird also dieser Intervenient dem Richter auf die Frage nach dem im Uebereignungszettel nicht erwähnten Rechtsgrund antworten, das sei

Rechtspolizei, darauf lasse er sich nicht ein, und er wird nicht nur den Prozeß gewinnen, sondern auch gegen Anfechtung gesichert sein.[4])

Aber nicht nur Dritte, sondern auch die Rechtsnachfolger des Veräußerers sind dem abstrakten Erwerber gegenüber in einer heillosen Lage, ohne daß ersichtlich wäre, daß durch Einführung des abstrakten Uebereignungsvertrags in diesem Sinne dem regelmäßigen Geschäftsverkehr ein beträchtlicher Dienst erwiesen wird. Der Mangel der Konkretisirung des Rechtsgeschäfts hat beim Wechsel, beim kaufmännischen Verpflichtungsscheine, bei der Auflassung praktische Spezialgründe, während für die Verallgemeinerung dieser Ausnahmebestimmungen weder die Praxis, noch die Theorie sprechen dürfte. In letzterer Richtung möge noch erwähnt werden, daß niemals der Pfandgläubiger, Depositar, Mandatar, Kommodatar, Miether u. s. w. durch Tradition Eigenthümer der (nicht fungiblen) Sache werden kann, und wenn die Willenserklärung noch so bestimmt dahin lautete. Auch dies wird nach Reichsrecht anders werden, da hier Tradition und abstrakte Erklärung genügt.

Nun ziehen die Motive für die Zulassung des Verschweigens der causa die Cession herbei. Auch hier werde die Forderung auf den Erwerber übertragen, ohne daß Angabe der causa cessionis erfordert werde. (Motive Bd. III S. 339).

Aber hier ist zunächst zu erwägen, daß die ganze Lehre von der Cession Jahrhunderte hindurch im Argen gelegen hat. Im Preuß. Landrecht (§. 381 Th. I Tit. 11) finden sich die ersten versteckten Argumente, daß die Cession, ebenso wie die Tradition, nur der modus acquirendi sei, und das Richtige hat erst neuerdings Thöl (Hand.-R. §. 324 Anm. 27 de 1879 S. 1072; vgl. Schliemann, die Hftg. des Ced. 2. Aufl.) gefunden, indem er feststellte, daß die Cession nicht ein selbständiges, konkretes Rechtsgeschäft, wie Kauf oder Tausch sei, sondern daß die persönlichen Beziehungen sich aus der causa allein ergeben. Nun enthält die Cession die

---

[4]) Vgl. die bedenklichen, an Savigny scheinbar sich anschließenden, aber Willen mit Willenserklärung verwechselnden Entscheidungen des Ober-Appellations-Gerichts zu Rostock, Seuffert, Archiv Bd. 19 S. 122 und Bd. 7 S. 282, und dagegen die den Kern der Frage erkennende des Ober-Appellations-Gerichts zu Celle, daselbst Bd. 14 S. 90, neuerdings durch das Reichsgericht bestätigt.

Besonderheit, daß ihre Objekte in anderem Maße, wie körperliche Sachen, einen Gegenwerth, die Valuta, repräsentiren, so daß diese zu ihrer Charakterisirung im Allgemeinen ausreichen mag. Bei einer Forderung läßt sich von einer Valuta reden; aber wenn dies nun ohne Weiteres auf körperliche Sachen angewendet werden soll, wenn einmal die Parole gilt, daß die Schablone über die Bestimmungen des Privatrechts entscheidet, so möge man ja doch gleich die Sonderbestimmungen für Cession und Tradition fallen lassen und alles unter einer Ueberschrift: „Uebertragung" abhandeln; denn der rein äußerliche Unterschied, daß hier körperliche und dort unkörperliche Sachen Vertragsgegenstand sind, kann doch heutzutage keine Skrupel mehr verursachen! —

Gegenüber der Entwurfsbestimmung: „die Angabe des Rechtsgrunds ist nicht erforderlich" ist angelegentlichst auf die citirte Digestenstelle:

> Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua justa causa praecesserit propter quam traditio sequeretur.

hinzuweisen.

Der Verfasser zählt nicht zu denjenigen Beurtheilern des Entwurfs, welche sich den in die Augen springenden Vorzügen desselben verschließen. Jedoch ist derselbe der Ansicht, daß die Clausel: „Angabe des Rechtsgrundes ist nicht erforderlich" für die Praxis zu lebhaften Bedenken Veranlassung giebt, und möchte zur Erwägung stellen, ob es sich nicht wenigstens empfiehlt, hier der causa insofern Rechnung zu tragen, als statt dessen im §. 874 bestimmt würde:

> Die Angabe des Rechtsgrundes kann vom Richter erfordert werden.

An der beiderseitigen Beweislast würde hierdurch nichts geändert.

Soll aber im Entwurfe die prozessuale Folgerung gar nicht gezogen werden, so dürfte der Satz: „Die Angabe des Rechtsgrundes ist nicht erforderlich" als ein des juristischen Gehalts entbehrender wegfallen müssen.

5.

# Ist das Pfandrecht des Werkmeisters für Werklohn auch auf die unbewegliche Sache zu erweitern?

Von Kreisgerichtsrath Dr. R. Hilse in Berlin.

---

Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs räumt dem Werkmeister wegen seiner Ansprüche für Werklohn und gelieferte Materialien ein gesetzliches Pfandrecht ein, so lange er sich in der Inhabung befindet. Nach den Motiven Bd. 2 S. 494, 432, 402 entsteht dasselbe kraft Gesetzes, ohne daß es einer auf Ausübung desselben gerichteten Willensäußerung bedarf. Deshalb wird es auch nicht beseitigt, wenn ein Wechsel in der Person des Eigenthümers stattfand oder wider Wissen und Willen des Berechtigten das Werk seiner Inhabung entzogen wurde. Daraus folgt aber weiter, daß der Werkmeister nur nach bezw. gegen Empfang des Werklohns das Werk an den Besteller auszuantworten braucht, selbst wenn letzterer die Materialien dazu hergegeben hat oder Eigenthümer der blos ausgebesserten Sache ist. Dies Zugeständniß findet seine Berechtigung in dem Rechtssatze des §. 573, wonach erst nach Fertigstellen und Uebergabe des Werkes seitens des Uebernehmers an den zu dessen Annahme bereiten Besteller die Gegenleistung der Zahlung des Werklohns fällig wird und nur für den Fall eine Verpflichtung zur theilweisen Tilgung des Werklohns eintritt, wenn das Werk selbst in einzelnen für sich abgeschlossenen Theilen hergestellt wird. Der Grundsatz des §. 574 deckt sich in analoger Anwendung mit Reichs-Konkursordnung §. 41. In letzterer werden Künstler, Werkmeister, Handwerker und Arbeiter als vorzugsberechtigte Gläubiger anerkannt, und ebenso diejenigen, welche etwas zum Nutzen einer Sache verwendet haben, wegen des, den noch vorhandenen Vortheil nicht übersteigenden Betrags ihrer Forderung

aus der Verwendung. Aber auch er findet nur auf bewegliche Gegenstände Anwendung. Hinsichtlich derjenigen Gegenstände, welche in Ansehung der Zwangsvollstreckung zum unbeweglichen Vermögen gehören, trifft §. 39 Bestimmung dahin, daß sie zur abgesonderten Befriedigung dienen, insoweit ein dingliches oder sonstiges Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus denselben besteht. Die preußische Gesetzgebung räumt — A. L. R. I. 11 §. 972 — dem Werkmeister das Recht ein, auch ohne Einwilligung des Eigenthümers sein Werklohn auf diejenigen Grundstücke eintragen zu lassen, in welche Arbeit und Material verwendet wurden. Eine gleiche Befugniß gesteht das bayerische Hypothekengesetz vom 1. Juni 1822 §. 12 und das württembergische Pfandgesetz vom 15. April 1825 Artikel 27, 42 ihm zu. Sie stimmen im Wesentlichen darin überein, daß nicht schon ein gesetzliches Pfandrecht an der unbeweglichen Sache eingeräumt wird, sondern nur ein Titel zum Pfandrechte, welcher erst mit der nachgesuchten und bewirkten Eintragung seinen dinglichen Charakter erhält. Anders im Rechtsgebiete des französischen Rechtes. Nach Code civil Artikel 2103 und badisches Landrecht Artikel 2103 hat der Baugewerksmeister wegen seines Anspruchs auf Bezahlung der in ein Grundstück geleisteten Arbeiten und gelieferten Materialien ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück in Höhe desjenigen Betrags, um welchen dessen Werth durch diese erhöht wurde. Die Ermittelung der Werthsteigerung geschieht durch eine Abschätzung seitens gerichtlich bestellter Sachverständiger vor Inangriffnahme und nach Fertigstellen der Arbeiten und beziffert sich auf die Differenz zwischen beiden. Zur Sicherung dessen ist sie jedoch im Pfandbuche zu vermerken Eine dementsprechende Vergünstigung enthält der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs nicht allein nicht, vielmehr scheint deren Beseitigung bezweckt zu sein. Wenngleich die Motive darüber sich nicht aussprechen, so ist dies doch daraus zu schließen, daß das gesetzliche Pfandrecht ausdrücklich nur auf die beweglich Sache beschränkt wurde, ohne gleichzeitig die Voraussetzungen zu treffen, unter welchen ein gesetzlicher Titel zum Pfandrecht an der unbeweglichen Sache erworben werden kann. Würde ein solcher nach dem bürgerlichen Gesetzbuche nicht anders als durch den Eintragungsvertrag des §. 828 erworben werden können, so wäre damit die Vergünstigung aus Reichs-Konkursordnung §. 39 gegenstandslos für

Uebernehmer eines unbeweglichen Werkes in dem Falle geworden, wo die Willensübereinstimmung des Bestellers zur Eintragung nicht beschafft werden kann. Damit wird aber eine Ungleichheit der Rechte des Werkmeisters geschaffen, je nachdem, ob eine bewegliche oder unbewegliche Sache Gegenstand der Werkverdingung ist; ein Rechtszustand, gegen welchen erhebliche wirthschaftliche Bedenken sprechen, ohne daß er durch rechtliche Erwägungsgründe geboten ist.

Zu den vornehmlich durch diese Rechtslage betroffenen Uebernehmern gehören die Bauhandwerker in engerem und in weiterem Sinne. Denn der Grundsatz des sächsischen bürgerlichen Gesetzbuchs Art. 286, wonach Baumaterialien mit ihrer Verwendung in ein Gebäude Bestandtheile desselben und letzteres mit seiner Errichtung Bestandtheil des Grund und Bodens geworden, auf dem es errichtet wurde, findet sich, wenngleich auch nicht mit derselben Klarheit und Unzweideutigkeit ausgesprochen, doch seinem Geiste nach in sämmtlichen heute geltenden deutschen Partikularrechten vertreten. Danach pflegt aber jede Thätigkeit des Bauhandwerkers als Regel einer unbeweglichen Sache, folgeweise also einem Grundstücke zu Gute zu kommen, zumal seit die Rechtsprechung anerkannte, daß selbst die an sich beweglichen Zubehörstücke eines Gebäudes durch Einfügen in dasselbe, wie Einhängen der Thüren und Fenster die Eigenschaft einer unbeweglichen Sache erhalten, weil durch deren Wiederherausnahme das Gebäude selbst in seiner Substanz verändert werde. Auch nach Entwurf §. 783 gelten als wesentliche Bestandtheile eines Grundstücks die mit dem Grund und Boden fest verbundenen Sachen, insbesondere die Gebäude, als solche des Gebäudes aber wieder die demselben zu dessen Herstellung eingefügten Sachen, sofern nicht die Einfügung nur zu einem vorübergehenden Zweck erfolgt ist. Mithin werden solche gemäß §. 781 unbewegliche Sachen. An ihnen würde deshalb der Werkmeister das gesetzliche Pfandrecht nicht ausüben können, aber auch einen Pfandtitel nicht erhalten. Das von einem Baugewerksmeister oder einem anderen Bauhandwerker in Ausführung übernommene Werk wird jedoch nur in der Weise hergestellt werden können, daß die dazu gelieferten Materialien und darauf verwendeten Arbeiten der Bauzeichnung entsprechend in das Gebäude eingefügt bezw. zwecks Verbindung der einzelnen Stücke unter sich und mit dem Grund und Boden aufgewendet wurden. Hergestellt kann

das Werk also nur durch diese Thätigkeit werden. Die Herstellung bildet die Vorleistung, welche wiederum wesentliche Voraussetzung der Annahme des Werkes und der mit dieser zusammenfallenden Zahlungsverbindlichkeit des Bestellers ist. Vor Eintritt dieses Ereignisses oder, falls das Werk in Theilen abzunehmen und die Gegenleistung für die einzelnen Theile bestimmt ist, vor Fertigstellen jedes dieser, entsteht als gesetzliche Regel also nicht das Recht des Uebernehmers, Zahlung zu fordern, mit der korrespondirenden Pflicht des Bestellers, solche zu leisten. Wenn in der Zwischenzeit seit Bestellung bis zum Eintritt der Fälligkeit jedes Werklohntheilbetrags entweder die Vermögensverhältnisse des schuldenden Bestellers sich ungünstig gestalten oder dessen Zahlungswilligkeit sich ändert, hat der Werkmeister keinen gesetzlichen Schutz, sich vor drohenden Ausfällen wirksam zu wahren.

Die Eintragungsbewilligung desselben zu erlangen, wird ihm nicht gelingen. Es bleibt ihm also nur übrig, die solche nach §. 833 ergänzende richterliche Entscheidung herbeizuführen. Bis er diese erhält, kann durch Schiebungen entweder die Eintragung des Eigenthümers im Grundbuche verändert oder die Ueberverschuldung des Grundstücks erfolgt sein, so daß letzteres als Gegenstand der Befriedigung verloren ging. Eine einstweilige Verfügung auf Eintragung ist aber durch den Nachweis eines Arrestgrunds nach C.-P.-O. §. 800 bedingt. Solcher wird nur entbehrlich, wenn ein gesetzlicher Pfandtitel gemäß E.-G. zur C.-P.-O. §. 16 Ziff. 4 dem Antragsteller zur Seite steht. Arrestgrund würde nur vorliegen, wenn glaubhaft die Gefahr eines bevorstehenden Verlustes erbracht werden kann, was deshalb seine Schwierigkeit hat, weil gerade der böswillige Schuldner Wege findet, so heimlich zu handeln, daß erst dann Beweise für seine Absichten beschaffbar sind, wenn solche bereits ausgeführt wurden. Giebt dagegen ein vermögensunzulänglicher Schuldner die Eintragungsbewilligung in einem Zeitpunkt ab, wenn sein Unvermögen zur Befriedigung sämmtlicher Gläubiger vorliegt, so unterliegt solche der Anfechtbarkeit nach Gesetz vom 21. Juli 1879 mit K.-O. §§. 22—34. Dieser Gefahr enthoben zu sein, verdient der Baugewerksmeister um so mehr, als seine Verantwortlichkeit für die aus der Werkverdingung entspringenden Leistungen gesetzlich eine stärkere ist, wie die anderer

Werkmeister. Denn nach Entwurf §. 571 ist auf 5 Jahre die Frist festgesetzt, während welcher der Baugewerksmeister hervortretende Mängel des Bauwerks zu vertreten hat, während solche bei dem beweglichen Werk auf 6 Monate, bei dem unbeweglichen auf 1 Jahr, sowie in dem Falle des §. 579 auf nur 6 Monate begrenzt wird. Die Motive Bd. 2 S. 488 geben als Grund hiervon an, daß die Mängel des Bauwerks meist verborgene und erst später hervortretende werden, daß aber die 5 jährige Frist erfahrungsgemäß genüge, weil später ersichtliche Fehler meist auf andere Ursachen als auf Kunstfehler zurückzuführen sein würden. Diese Haftpflicht geht auf jeden neuen Erwerber des Grundstücks über und zwar unbekümmert darum, ob das Werklohn gezahlt wurde oder nicht, sobald der Veräußerer seine Ansprüche hierauf dem Erwerber abtritt.

Angesichts dieser erweiterten Vertretungspflicht rechtfertigt sich aber auch die Sicherung des Baugewerksmeisters wegen seiner Ansprüche auf Werklohn durch Bewilligung eines Titels zum Pfandrechte, welcher ihm gestattet, ohne Nachweis eines Arrestgrunds und ohne Eintragungsbewilligung des Bauherrn solches auf das Baugrundstück eintragen zu lassen. Die gegenwärtige Lage des Baugeschäfts bedingt dies noch mehr, als die zur Zeit der Bearbeitung des Landrechts und des Code civil herrschenden Verhältnisse das in diesen aufgenommene Privileg rechtfertigten. Dennoch erklärte bereits damals Suarez sich gegen eine von Goßler vorgeschlagene zeitliche Beschränkung desselben aus dem Grunde, weil die gesetzlich gebotene Vorleistung in Verbindung mit der Vertretungspflicht des Baugewerksmeisters auch dessen Sicherung wegen seines Werklohns fordere, welche eine Einschränkung auf zeitliches Geltendmachen nicht zu dulden vermöge, zumal ja der Grund zu einem solchen auf der Willenshandlung des Bauherrn beruhe und leicht erst nach Ablauf der Frist eintreten könne. Und doch war damals die Lage des Bauhandwerkes eine günstigere. Denn es pflegte der Bauherr meist zu seinem Bedarf aus eigenen Mitteln zu bauen und zwar auf einem in der Regel unbelasteten Baugrunde. Gegenwärtig liegt dies anders. Der Bauherr pflegt meist nicht für sich, vielmehr zwecks ihrer Veräußerung in den Städten Grundstücke zu errichten. Er thut dies meist auch nicht aus eigenen Mitteln, sondern mit den von Grundkreditbanken dargeliehenen Baugeldern, sowie auf einem

mit dem Restkaufgelde belasteten Baugrunde. Verwendet er das Baugelddarlehn in eigenem Nutzen ohne Befriedigung des Werkmeisters, so hat dieser das Nachsehen. Die Statistik der Zwangsversteigerungen liefert den schlagenden Beleg dafür, daß in der Mehrzahl der Fälle die Ansprüche von Bauhandwerkern wegen ihres Werklohns ausfielen, weil die Kaufgelder zu deren Befriedigung nicht mehr ausreichten, während hinter dem Baugelddarlehn und dem Restkaufgelde noch Forderungen zur Eintragung gelangten, da die Grundeigener es verstanden, mit ihren Schiebungen schneller zu Stande zu kommen, als der Werkmeister mit Geltendmachen seines Privilegs. Dies wird unverkennbar noch stärker hervortreten, wenn letzteres fortfällt. Denn die durch den Entwurf gebotene Möglichkeit, im Wege des Eintragungsvertrags die Sicherung des Werklohns herbeizuführen, ist keinesfalls so naheliegend, wie angenommen zu werden pflegt. Auch nach heutigem Rechte wird Schriftform für die Werkverdingung gefordert, falls der Werklohn 150 Mark übersteigt. Demungeachtet ist nur in den wenigsten Fällen ein schriftlicher Bauverdingungsvertrag erreichbar, weil die Bauherren meist einem solchen abgeneigt zu sein pflegen, aber die starke Konkurrenz gebietet, deren Eigenthümlichkeiten zu berücksichtigen, um die Arbeit zu erlangen. Der Eintragungsvertrag soll — §§. 828, 350, 92 — aber der gerichtlichen oder notariellen Form bedürfen. Solche zu beschaffen, wird meist auf derartige Schwierigkeiten stoßen, daß als Regel eine Abstandnahme davon sich herausbilden wird. In Anbetracht dessen waren die zunächst hiervon betroffenen Baugewerksmeister zu dem Ergebnisse gelangt, daß wirthschaftlich das Bauhandwerk in seiner Leistungsfähigkeit geschädigt werde, wenn der gesetzliche Pfandtitel wegen des Werklohns ihm entzogen würde. Diese wirthschaftlichen Interessen führten zu dem Beschlusse der Delegirtenversammlung des Innungsverbands deutscher Baugewerksmeister zu Stuttgart am 4. September 1888, welche die Nothwendigkeit einer Erweiterung des Pfandrechts aus Entwurf §. 574 auch auf die unbewegliche Sache ausspricht.

Rechtlich kommt in Frage, ob diese gewünschte Erweiterung sich in den Rahmen des bürgerlichen Gesetzbuchs werde einfügen lassen oder nicht. Dasselbe wird von dem leitenden Grundgedanken beherrscht, daß das Pfandrecht an einem Grundstück — und nur solches

wird nach §. 781 als unbewegliche Sache anerkannt — blos durch Eintragung in das Grundbuch entsteht. Gerechtfertigt wird dies durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs, welcher gefährdet erscheine, sobald auch noch auf andere Weise ein Pfandrecht daran entstehe. Mit diesem Grundsatz unverträglich ist es deshalb, neben der Eintragung noch ein anderes Pfandrecht an dem Grundstücke zuzulassen. Doch dessen ungeachtet steht dem nichts entgegen, das heute geltende Recht in das neue bürgerliche Gesetzbuch zu übernehmen. Weder das Preußische Landrecht, noch das Bayerische Hypotheken-Gesetz und das Württembergische Pfand-Gesetz haben ein Pfandrecht wegen Werklohns an dem Grundstück eingeführt. Nur ein Titel zu solchem wird dem Werkmeister gesetzlich zuerkannt, auf Grund dessen er die Eintragung ohne Zustimmung des Bauherrn fordern kann. Dies folgt für Preußen aus Hypoth. Ordn. Tit. II. §. 18 mit Gesetz vom 24. Mai 1853 §. 43 bezw. Eigenthumserwerbs-Gesetz vom 5. Mai 1872 §. 22, Gesetz vom 4. März 1879 §. 22 und Gesetz vom 13. Juli 1883 §§. 10, 12, für Bayern aus Hypotheken-Gesetz §. 30 mit §. 108, für Württemberg aus Pfand-Gesetz Artikel 78, 195, 196, 201. Ueberall konnte nur eine Vormerkung zur Erhaltung des Vorrechts in der Rangordnung der Gläubiger nachgesucht werden, zu deren Umschreibung in eine definitive Hypothek erst entweder die Einwilligung des Grundeigeners oder die richterliche Feststellung des Anspruchs hinzuzutreten hat. Ebenso verschafft Code civil Artikel 2103 und Badisches Landrecht Artikel 2103 nur einen bedingten Titel zum Pfandrechte. Das Gleiche kann unbeschadet des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs im neuen bürgerlichen Gesetzbuche beibehalten werden. Denn dasselbe anerkennt — §. 833 — neben dem Eintragungsvertrag auch das richterliche Urtheil gemäß Civil-Prozeß-Ordnung §. 779 Absatz 1 als Titel zur Eintragung. Es unterscheidet zwischen gewöhnlicher Hypothek §. 1062, Briefhypothek §. 1106, Sicherungshypothek §. 1125 Absatz 1, Kautionshypothek §. 1125 Absatz 2, Zwangshypothek §. 1130 und Arresthypothek §. 1132. Nur die beiden letzten Arten werden hier in Betracht kommen können, weil nur für sie das richterliche Urtheil an Stelle der Eintragungsbewilligung tritt. Die Zwangshypothek setzt ein vollstreckbares Urtheil voraus, entspricht also der definitiven Eintragung des heutigen Rechtes. Die Arresthypothek dagegen würde

analog dem preußischen Grunderwerbs-Gesetze §. 22, dem bayerischen Hypotheken-Gesetze §. 30, dem württembergischen Pfand-Gesetze Artikel 79 für Verwirklichung des Grundgedankens einer Sicherung des Werkmeisters wegen seines Anspruchs auf Werklohn an der unbeweglichen Sache dienen können. Vorausgesetzt wird für solche allerdings ein vollstreckbarer Arrestbefehl. Ein solcher erfordert — C.-P.-O. §§. 796, 800 — zwar das Glaubhaftmachen eines Arrestgrunds als Regel, doch sind nach Einführungs-Gesetz §. 16 Ziffer 4 die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes unberührt geblieben, nach welchen in bestimmten Fällen einstweilige Verfügungen erlassen werden können. Der gesetzliche Pfandtitel an der unbeweglichen Sache würde hierunter fallen. So lange er zu Recht besteht, wird der Prozeßrichter nicht umhin können, eine einstweilige Verfügung zu erlassen, welche dem Nachsuchenden auf Grund des Gesetzes vom 4. März 1879 §. 22 das Recht giebt, die Eintragung einer Vormerkung im Grundbuche zu beantragen. Eines weiteren Rechtes bedarf der Baugewerksmeister aber auch nicht, um sich vor Verlust wirksam sichern zu können. Dem Besteller erwächst um so weniger ein Nachtheil daraus, als er durch Hinterlegen der Streitsumme die geplante Maßregel abwenden kann. Desgleichen würde er hinlänglich geschützt sein, wenn das Recht der Geltendmachung des Pfandtitels befristet, auch die Löschung der Arresthypothek von Amtswegen angeordnet würde, wofern nicht deren Zulässigkeit innerhalb einer kurz zu bemessenden Frist entweder von dem Prozeßrichter ausgesprochen oder von dem Grundeigener anerkannt wird, wie dies wenigstens theilweise auch jetzt rechtens ist. Ihm einen weiteren Schutz zu bewilligen, liegt kein Anlaß vor. Der öffentliche Glaube des Grundbuchs wird aber nicht gefährdet, weil nicht neben der eingetragenen Hypothek auch eine solche ohne Eintragung geschaffen, vielmehr blos ein Titel zum Pfandrecht, also zur Eintragung gewährt wird. Deshalb dürften die Bedenken gegen eine solche Erweiterung schwinden, während für diese selbst die schwerwiegendsten Gründe sprechen, insbesondere der Grundsatz der Rechtsgleichheit vor dem Gesetz, aber auch Billigkeitsgründe dieselbe gebieten, wie solche von mir in Glaser's „Annalen für Gewerbe und Bauwesen" Bd. 24 S. 143 dargelegt wurden.

---

6.

# Das Rechtshülfeverfahren in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit zwischen Preußen und den übrigen deutschen Bundesstaaten.

Von Gerichts-Assessor Dr. Delius in Bielefeld.

---

Nach Artikel 4 Nr. 11 der deutschen Reichsverfassung unterliegen der Beaufsichtigung seitens des Reiches und der Gesetzgebung desselben die Bestimmungen über die wechselseitige Erledigung von Requisitionen überhaupt. Bisher ist die Rechtshülfe zwischen den Gerichten des deutschen Reiches nur hinsichtlich der bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (der sog. ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit) und der Strafsachen geregelt, nämlich durch das Gesetz betr. die Gewährung der Rechtshülfe vom 21. Juni 1869 (B.-G.-Bl. S. 305), eingeführt in Bayern durch §. 6 des Gesetzes vom 22. April 1871, in Württemberg nach Artikel 2 Nr. 6 des Vertrages vom 25. November 1870, in Baden und Südhessen durch Artikel 80 der Reichsverfassung und in Elsaß-Lothringen durch Gesetz vom 11. Dezember 1871, und durch das deutsche Gerichtsverfassungsgesetz. Ein entsprechendes Reichsgesetz bezüglich der sog. freiwilligen Gerichtsbarkeit steht noch aus. Letztere umfaßt: a) Die Grundbuchsachen. b) Die Vormundschaftssachen. c) Die Testaments- und Nachlaßsachen, von welchen erstere die Aufnahme und Publikation des Testaments, letztere die Nachlaßregulirungen und das Erblegitimationsverfahren in sich schließen. d) Die Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit, soweit sie in der Aufnahme von einseitigen oder zweiseitigen Willenserklärungen bestehen. e) Die durch die Hinterlegungsordnung den Gerichten überwiesenen vorläufigen Verwahrungen. f) Die Stiftungs-

und Fideikommißsachen. g) Die Führung der Handels-, Muster-, Marken- und Schiffsregister.

Mangels einer reichsgesetzlichen Bestimmung bemißt sich in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Verkehr zwischen den Gerichten verschiedener Bundesstaaten lediglich nach den zwischen denselben abgeschlossenen Staatsverträgen. (Vgl. Motive zu §. 87 [§. 82 des Entw.] des preuß. Ausführungsgesetzes zum G.-V.-G. und Motive zu Art. 77 des bayer. Ausführungsgesetzes zum G.-V.-G. bei Böhm, Handbuch des Rechtshülfeverfahrens Bd. I S. 7 Anm. e.)

Im Verkehre zwischen den Gerichten desselben Staates ist maßgebend dessen Partikularrecht. Für Preußen ist letzteres durch §. 87 des Ausführungsgesetzes zum G.-V.-G. dahin geordnet, daß die preußischen Gerichte sich gegenseitig Rechtshülfe in Sachen der nicht streitigen Gerichtsbarkeit zu leisten haben und zwar unter entsprechender Anwendung der §§. 158—160, 162, 164, 167 G.-V.-G., jedoch unter Ausschluß der Anfechtbarkeit von Entscheidungen der Oberlandesgerichte.

Die hier einschlägigen Staatsverträge Preußens mit den deutschen Bundesstaaten sind folgende:

1. Anhalt (Anhalt-Bernburg. Ministerialerklärung vom 9./27. Dezember 1840. G.-S. S. 250 und Anhalt-Dessau und Köthen. Vertrag vom 12. Mai 1853 G.-S. S. 465.)

   Der Vertrag mit Bernburg gilt nicht in der Rheinprovinz (Art. 48); derjenige mit Dessau nicht in dem Bezirke des vormaligen Appellationsgerichtshofs zu Köln, rücksichtlich dieses hat es bei der Kgl. Preuß. Verordnung vom 2. Mai 1823 sein Bewenden (Art. 47).

2. Baden. Deklaration vom 27. Oktober 1819 (Jahrb. Bd. 14 S. 202). Vgl. auch Verfügung des Justizministers vom 2. Juli 1870 (Just.-Min.-Bl. S. 211).

   Die Deklaration wird auch in den später von Preußen erworbenen Ländern anzuwenden sein.

3. Bayern. Deklaration vom 4. Oktober 1819 (Jahrb. Bd. 14 S. 200) und Ministerialerklärung vom 17. Mai 1834 (G.-S. S. 71). Diese Verträge werden auch in den später von Preußen erworbenen Ländern anzuwenden sein; vgl.

wegen der Verträge Bayerns mit dem vormaligen Königreich Hannover und mit Frankfurt a. M., betreffend die unmittelbare Korrespondenz bezüglich der Insinuationen: Böhm, Nachlaßbehandlung S. 187.

4. Braunschweig. Ministerialerklärung vom 4./9. Dezember 1841 (G.-S. 1842 S. 1). Nach Artikel 49 und nach der Bekanntmachung vom 25. Juni 1868 (G.-S. S. 633) hat der Vertrag keine Gültigkeit in der Rheinprovinz, den Hohenzollernschen Landen, Jahdegebiet und den im Jahr 1866 erworbenen Landestheilen.

5. Hessen. Deklaration vom 24. Juni 1819 (Jahrb. Bd. 14 S. 197). Reskript vom 29. Mai 1837 (Jahrb. Bd. 49 S. 447—448). Vgl. auch Verfügung des Justizministers (Just.-Min.-Bl. 1872 S. 168 ff.).

Wegen des Geltungsgebietes siehe: Baden.

6. Lippe-Detmold. Vertrag vom 18. März 1857 (G.-S. S. 289); derselbe hat nach Artikel 47 und der Bekanntmachung vom 28. Oktober 1868 (G.-S. S. 1018) keine Geltung im Bezirke des vormaligen Appellationsgerichtsbezirks zu Köln und in der Provinz Hannover.

7. Mecklenburg-Schwerin. Uebereinkunft vom 10. März 1830 (Jahrb. Bd. 35 S. 131).

Wegen des Geltungsgebiets siehe: Baden.

8. Mecklenburg-Strelitz. Uebereinkunft vom 18. Mai 1830 (Jahrb. Bd. 35 S. 277).

Wegen des Geltungsgebiets siehe: Baden.

9. Oldenburg. Uebereinkunft vom 29. April 1820 (Jahrb. Bd. 17 S. 34). Deklaration vom 29. April 1820; ungedruckt und bezieht sich blos auf die Korrespondenzen zwischen den Gerichtsbehörden der preuß. Rheinprovinz und des Fürstenthums Birkenfeld. — Verfügung des Justizministers (Just.-Min.-Bl. 1874 S. 261).

Wegen des Geltungsgebiets siehe: Baden.

10. Reuß ältere Linie. Ministerialerklärung vom $\frac{\text{25. November}}{\text{10. Dezember}}$ 1845 (G.-S. S. 819).

Nach Artikel 48 hat der Vertrag keine Geltung in der Rheinprovinz.

11. Reuß jüngere Linie. Ministerialerklärung vom 5. Juli 1834 (G.-S. S. 124).

Nach Artikel 47 gilt der Vertrag nicht in der Rheinprovinz, rücksichtlich dieser hat es bei der Verordnung vom 2. Mai 1823 sein Bewenden.

12. Sachsen. Königreich. Uebereinkunft vom 14. Oktober / 30. November 1839 (G.-S. S. 353.) Vgl. auch die allgemeine Verfügung vom 18. Oktober 1870 (Just.-Min.-Bl. S. 304). Nach Artikel 48 und der Bekanntmachung vom 12./23. November 1868 (G.-S. S. 1026) gilt der Vertrag nicht in der Rheinprovinz und in Hannover.

13. Sachsen-Altenburg. Uebereinkunft vom 18. Februar 1832 (G.-S. S. 105). Vgl. auch die allgemeine Verfügung vom 27. Oktober 1873 (Just.-Min.-Bl. 301). Gilt nicht in der Rheinprovinz (Artikel 45).

14. Sachsen-Koburg-Gotha. Vertrag vom 11. Juni 1858 (G.-S. S. 341). Derselbe hat keine Gültigkeit in der Rheinprovinz (Art. 48) und in den im Jahr 1866 neu erworbenen Landestheilen; in letzteren gelten nur die Artikel 1 (Leistung der Rechtshülfe) und Artikel 49 (Beschwerde wegen Weigerung derselben). In den ehemals kurhessischen Landestheilen hat der Vertrag in vollem Umfange Geltung. (Bekanntmachung vom 18. Oktober 1867. G.-S. S. 1795).

15. Sachsen-Meiningen. Vertrag vom 2. Mai 1859 (G.-S. S. 221); derselbe gilt nicht in Beziehung auf den Bezirk des vormaligen Appellationsgerichtshofs zu Köln (Art. 48) und auf die Provinz Hannover. (Bekanntmachung vom 18. April 1868. G.-S. S. 363.)

16. Sachsen-Weimar. Ministerialerklärung vom 23./29. März 1852 (G.-S. S. 125). Der Vertrag gilt nicht in dem Bezirke des vormaligen Appellationsgerichtsbezirks zu Köln (Art. 47) und in der Provinz Hannover. (Bekanntmachung vom 25. Juli 1868. G.-S. S. 719.)

17. Schwarzburg-Rudolstadt. Ministerialerklärung vom $\frac{\text{12. August}}{\text{8. Oktober}}$ 1840 (G.-S. S. 239). Der Vertrag hat in der Rheinprovinz keine Geltung (Art. 48).

18. Schwarzburg-Sondershausen. Ministerialerklärung vom $\frac{\text{5. März}}{\text{18. November}}$ 1843 (G.-S. 1844 S. 1). Der Vertrag gilt nicht in der Rheinprovinz (Art. 48).

19. Waldeck. Vertrag vom 11. Oktober 1861 (G.-S. S. 833). Derselbe gilt nicht in dem Bezirke des früheren Appellationsgerichtshofs in Köln (Art. 47) und in der Provinz Hannover. (Bekanntmachung vom 27. Februar 1868. G.-S. S. 198.)

20. Württemberg. Deklaration vom 1. August 1826 (Jahrb. Bd. 28 S. 114). Reskript vom 20. Januar 1838 (Jahrb. Bd. 51 S. 199—201). Reskript vom 23. November 1838 (Jahrb. Bd. 52 S. 480). Ministerialerklärung vom 17. Juli 1865 (G.-S. S. 791).

Wegen des Geltungsgebietes siehe: Baden.

Mit Bremen, Hamburg, Lübeck und Schaumburg-Lippe sind seitens Preußens keine Verträge, welche Bestimmungen über die Gewährung der Rechtshülfe in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit enthielten, abgeschlossen. In den Vereinbarungen mit den unter Nr. 1, 4, 6, 10 bis mit 19 aufgeführten Staaten ist jedesmal im Art. 1 der Grundsatz aufgestellt,

> daß die Gerichte der beiderseitigen Staaten sich gegenseitig alle diejenige Rechtshülfe zu leisten haben, welche sie den Gerichten des Inlands nach dessen Gesetzen und Gerichtsverfassung zu leisten haben.

Die Verträge der übrigen Staaten enthalten eine derartige Bestimmung nicht.

In Ermangelung von Verträgen kommen die Grundsätze des Völkerrechts in Betracht. In dieser Beziehung erscheint es als eine im völkerrechtlichen Verkehre nicht wohl abzulehnende Verbindlichkeit, unter der Voraussetzung der Reziprozität und, sofern ein Fall der Retorsion nicht gegeben ist, einem befreundeten Staate diejenige

Rechtshülfe nicht zu versagen, welche und soweit solche im eigenen Lande nach den bestehenden Gesetzen zulässig ist.

Dieser allgemeine völkerrechtliche Grundsatz gilt um so mehr, wenn es sich um die Gewährung der Rechtshülfe zwischen den einzelnen Staaten eines Bundesstaats handelt.

Es fragt sich nun, ob der Geschäftsverkehr der Gerichte der verschiedenen Bundesstaaten in Sachen der nicht streitigen Rechtspflege im Wege unmittelbarer Korrespondenz erfolgen kann, oder ob diplomatische Vermittelung nothwendig ist.

Die erstere Alternative findet unbedenklich bei denjenigen Staaten Anwendung, mit denen Preußen die Gewährung der Rechtshülfe ausdrücklich vereinbart hat (Just.-Min.-Bl. 1844 S. 214).

Mit Bayern, Hessen, Baden, Oldenburg und Württemberg war früher die Vereinbarung getroffen, daß die Beförderung sämmtlicher Requisitionen und Insinuationen durch den Generalprokurator zu Cöln bewirkt werden und dadurch der unmittelbare Verkehr mit den Gerichtsbehörden der deutschen Bundesstaaten vermieden werden sollte. Diese Einrichtung ist jedoch später dahin modifizirt, daß in der preußischen Rheinprovinz die Korrespondenz mit den auswärtigen Behörden außer dem Generalprokurator auch von den Oberprokuratoren der Landgerichte und dem Justizsenate zu Ehrenbreitstein zu führen ist und ebenso in den übrigen Provinzen die Requisitionen von den preußischen Ober- und Untergerichten unmittelbar an die Gerichtsbehörden der deutschen Bundesstaaten zu fördern sind (Vgl. Just.-Min.-Bl. 1844 S. 213).

In Bezug auf die einzelnen genannten Staaten kamen noch folgende besondere Bestimmungen in Betracht:

Die nach Rheinbayern bestimmten Requisitionen der Gerichte der preußischen Rheinprovinz waren an den Generaladvokaten zu Zweibrücken zu richten.

Die Requisitionen preußischer Gerichte nach Baden waren von den preußischen Untergerichten nicht unmittelbar, sondern durch Vermittelung des vorgesetzten Obergerichts an die Badenschen Obergerichte zu befördern. Reskript vom 15. August 1840 (Just.-Min.-Bl. S. 214).

Die nach der Provinz Rheinhessen bestimmten Requisitionen

waren an den General-Staatsprokurator in Mainz zu senden (Reskript vom 29. Mai 1837, Jahrb. Bd. 49 S. 447/448).

Der unmittelbare Geschäftsverkehr zwischen den Gerichten der genannten Staaten bezog sich, abgesehen von Bayern, nur auf die Requisitionen, betreffend Zustellungen von Ladungen und Verfügungen.

Durch das Gerichtsverfassungsgesetz sind die Gerichte des Deutschen Reiches anders organisirt und die Behörden, wie Oberprokurator, Generaladvokat u. s. w. in Wegfall gekommen.

Es ist nicht anzunehmen, daß an Stelle der letztgenannten Behörden die Oberstaatsanwälte oder Ersten Staatsanwälte, an Stelle der Obergerichte die Land- oder Oberlandesgerichte getreten sind.

Vielmehr muß, nachdem bezüglich der ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit und des Strafverfahrens ein unmittelbarer Verkehr der deutschen Gerichtsbehörden untereinander eingeführt ist, dasselbe auch für die freiwillige Gerichtsbarkeit angenommen werden, und zwar für Requisitionen jeder Art.

Dieser Satz gilt auch für diejenigen Staaten, mit denen über den Geschäftsverkehr garnichts vereinbart ist.

Thatsächlich ist auch der unmittelbare gegenseitige Verkehr in nichtstreitigen Rechtsangelegenheiten zwischen den Gerichten der deutschen Bundesstaaten einschließlich Elsaß-Lothringens in Uebung (Vgl. Böhm, Nachlaßbehandlung S. 212).

Für den Verkehr sind maßgebend die zwischen Behörden üblichen Formen. Randschreiben sind zulässig, auch die Uebersendung der Akten ist nicht ausgeschlossen. Bei Requisitionen um Zustellungen ist es üblich, die zuzustellenden Schriftstücke unverschlossen beizulegen.

Wird die Rechtshülfe in einem Bundesstaate geweigert, so ist in den Verträgen mit Anhalt (Anhalt-Dessau) Art. 48, Sachsen-Koburg-Gotha Art. 49, Sachsen-Meiningen Art. 48, Lippe-Detmold Art. 48 und Waldeck Art. 48 bestimmt, daß die Beschwerde über die Amtsgerichte (Untergerichte) zunächst beim vorgesetzten (Ober- bezw. Appellationsgerichte) Land- bezw. Oberlandesgericht anzubringen und erst alsdann, wenn sie hier keine Abhülfe finden, auf diplomatischem Wege behufs der Entscheidung der Centralbehörde geltend zu machen sind.

Wird die Insinuation einer preußischen gerichtlichen Verfügung in einem der Bundesstaaten verweigert oder auf wiederholte Schreiben deshalb nicht geantwortet, so ist in den Provinzen, in welchen die Allgemeine Gerichtsordnung gilt, nach §. 11 Th. I Tit. 7 zu verfahren. (Kab.=Ordres vom 4 Juni 1828 und 23. Juni 1836, G.=S. 1828 S. 85 und G.=S. 1836 S. 203). Hiernach muß in diesem Falle dem Departement der auswärtigen Angelegenheiten darüber berichtet werden, damit dieses die vorgesetzte Behörde des weigernden Gerichts durch diensame Vorstellungen zur Hebung des Anstandes vermöge. Kann der Anstand auf diesem Wege nicht gehoben werden, so muß der Extrahent angewiesen werden, die Vorladung durch einen Notar an dem Orte, wo derjenige, dem zugestellt werden soll, sich aufhält, insinuiren zu lassen. Eventuell ist das Schreiben durch die Post zu übersenden.

Die erwähnten Kabinetsordres sind als obsolet zu betrachten, denn wenn jetzt eine Verfügung zuzustellen ist und das betreffende Gericht sich weigert, wird man einen Gerichtsvollzieher, eventuell die Post mit der Zustellung beauftragen.

Abgesehen von den erwähnten Fällen ist bei Verweigerung der Rechtshülfe die Vermittelung des preußischen Ministeriums der auswärtigen Angelegenheiten seitens der preußischen Gerichte nachzusuchen. (Vgl. Just.=Min.=Bl. 1844 S. 208 und 214 Nr. 3).

Auch die Amtsgerichte können sich direkt an das Ministerium wenden (Just.=Min.=Bl. 1849 S. 287). Alle Requisitionen und Erlasse müssen entweder offen, in welchem Falle das Siegel des Gerichts der Unterschrift beizufügen ist, oder zwar verschlossen, jedoch mit einer vollständigen Abschrift des verschlossenen Schreibens dem Ministerium der auswärtigen Angelegenheiten eingereicht werden (Vgl. Verf. v. 10. Sept. 1830, Jahrb. Bd. 36 S. 150 und Just.=Min.=Bl. 1844 S. 208).

Zur Vermeidung unnöthiger Portoerhöhungen sind die Vorladungen und Verfügungen nebst den dazu gehörigen Anlagen auf Briefpapier und mit möglichster Raumersparniß zu schreiben. Diese letztere Bestimmung ist mit Rücksicht auf die deutsche Postgesetzgebung für aufgehoben zu erachten.

Bei Angabe der Vor= und Zunamen und der Adressen der

betr. Personen ist die möglichste Genauigkeit zu beobachten (Just.-Min.-Bl. 1844 S. 208).

Wird das Ersuchen um Rechtshülfe an ein unzuständiges Gericht gesandt, so hat letzteres das betreffende Schreiben an das zuständige weiter zu befördern. Der Art. 44 des Rechtshülfegesetzes ist hier analog anzuwenden.

Eine diesbezügliche ausdrückliche Bestimmung enthalten nur die Verträge mit Baden, Bayern, Hessen, Oldenburg und Württemberg.

Ueber die Kosten der Rechtshülfe finden sich in den Verträgen folgende Bestimmungen:

1. Anhalt. a) Bernburg. Art. 45. In allen Civilrechtssachen, in welchen die Bezahlung der Unkosten dazu unvermögenden Personen obliegt, haben die Behörden des einen Staates die Requisitionen der Behörden des andern sportel- und stempelfrei zu expediren und nur den unumgänglich nöthigen baaren Verlag an Kopialien, Porto, Botenlöhnen, Gebühren der Zeugen und Sachverständigen, Verpflegungs- und Transportkosten zu liquidiren.

Art. 46. Den von einem auswärtigen Gerichte abzuhörenden Zeugen und anderen Personen sollen die Reise- und Zehrungskosten nebst der wegen ihrer Versäumniß ihnen gebührenden Vergütung nach der von dem requirirten Gerichte geschehenen Verzeichnung bei erfolgter wirklicher Sistirung von dem requirirenden Gerichte sofort verabfolgt werden.

Art. 47. Zur Entscheidung der Frage, ob die Person, welcher die Bezahlung der Unkosten in Civilsachen obliegt, hinreichendes Vermögen besitzt, soll nur das Zeugniß derjenigen Gerichtsstelle erfordert werden, unter welcher diese Person ihren wesentlichen Wohnsitz hat.

Sollte dieselbe ihre wesentliche Wohnung in einem dritten Staat haben und die Beitreibung der Kosten dort mit Schwierigkeiten verbunden sein, so wird es angesehen, als ob sie kein hinreichendes eigenes Vermögen besitze.

b) Dessau. Art. 44, wie Art. 45 Bernburg bis „expediren"; es heißt dann weiter: „und nur die baaren Auslagen und die unter diese zu rechnenden, für Lokaltermine anzusetzenden Gebühren zu liquidiren."

Art. 45, wie Art. 46 Bernburg; vor „Verzeichnung" steht das Wort „taxmäßig".

Art. 46, wie Art. 47 Bernburg.

2. Baden. Uebereinkunft vom 27. Oktober 1817 (Jahrb. Bd. 14 S. 202): Die gegenseitigen Requisitionen um Vornahme von Zustellungen von Ladungen und Verfügungen zwischen den beiderseitigen Gerichten sind kostenfrei zu erledigen; es bleibt jedem der beiderseitigen Staaten überlassen, ob und welche Kosten er von seinen Unterthanen dafür einziehen will.

Wegen der Hohenzollernschen Lande siehe Just.=Min.=Bl. 1870 S. 211.

3. Bayern: Uebereinkunft vom 17. Mai 1834 (G.=S. S. 71).

Art. 2. Bei allen Requisitionen, welche blos die Insinuation von Ladungen und Verfügungen betreffen, werden gegenseitig keine baaren Auslagen berechnet, Requisitionen dieser Art vielmehr unbedingt kostenfrei befördert und erledigt. Es bleibt jedem Staat überlassen, ob und welche Kosten er von seinen Unterthanen für Bewirkung der Insinuation einziehen will.

Art. 3. Bei anderen Requisitionen findet gegenseitig Einziehung sämmtlicher erwachsenen Kosten statt, wenn und insofern der Extrahent der Requisition zur Zahlung von Kosten vermögend und gesetzlich verpflichtet ist.

Art. 4. Für unvermöglich zur Bezahlung von Kosten ist derjenige zu achten, welcher durch ein Zeugniß seiner betreffenden Domizilsbehörde darzuthun vermag, daß er durch Entrichtung von Kosten außer Stande gesetzt werden würde, sich und die Seinigen nothdürftig zu ernähren.

Es ist hierbei kein hinlängliches Vermögen für vorhanden anzunehmen, wenn der Wohnsitz des fraglichen Individuums in einem dritten Staate belegen und die Einziehung von Kosten dorther mit Schwierigkeiten verknüpft ist.

Art. 5. Für den Fall, daß nach Maßgabe des Art. 3 und 4 von den Parteien die Kosten nicht eingezogen werden können, sind die unvermeidlich gewesenen baaren Auslagen, aber keine andern Kosten, gegenseitig zu erstatten.

Zu den jedenfalls zu erstattenden baaren Auslagen sind zu rechnen Kopialien, Reise- und Zehrungskosten der Gerichtsbeamten und Zeugen, Botenlohn (Meilengelder), Dolmetschergebühren u. s. w., nicht aber Stempel und das Porto von Schreiben und Packeten.

Art. 6. An Reise- und Zehrungskosten können die Gerichtsbeamten nur diejenigen Sätze fordern, welche ihnen im Inland als Auslagen aus Staatskassen vergütet werden. Den Zeugen gebühren dergleichen Kosten nach den bei dem requirirten Gericht üblichen Taxen. Uebrigens ist den Zeugen ihre Vergütung unverzüglich, sei es von dem requirirten Gerichte, sei es von dem requirirenden, nach der vom requirirten Gerichte übergebenen Liquidation zu verabreichen und hierbei erforderlichenfalls von dem requirirten Gerichte die nöthige Auslage vorschußweise zu übernehmen, solche jedoch vom requirirenden Gerichte sofort auf erhaltene Benachrichtigung zu erstatten.

4. Braunschweig. Art. 46, wie Art. 45. Anhalt-Bernburg.
Art. 47, wie Art. 46. "
Art. 48, wie Art. 47. "

5. Hessen. Dieselbe Bestimmung, wie bei Baden, ausgenommen den Vermerk bezüglich Hohenzollerns. Die preußischen Gerichte haben darauf zu achten, daß von den hessischen Gerichten gemäß der Uebereinkunft vom 24. Juni 1819 (Jahrb. Bd. 14 S. 197) verfahren wird (Just.-Min.-Bl. 1872 S. 168).

6. Lippe-Detmold. Art. 44, wie Art. 44. Anhalt-Dessau.
Art. 45, wie Art. 45. "
Art. 46, wie Art. 46. "

7. Mecklenburg-Schwerin. — 1) In allen Civilsachen und insonderheit Vormundschaftsfällen sind bei Requisitionen nicht allein alle baaren Auslagen, sondern auch die sämmtlichen nach der bei dem requirirten Gericht üblichen Taxe zu liquidirenden Gebühren dem Letzteren aus dem Vermögen der betreffenden Person, wenn solches hinreicht, zu entrichten. Hat diese kein hinreichendes Vermögen, so fallen die Gebühren für die Arbeiten der requirirten Behörde, mithin auch alle Vergütung oder Taxe für Zeugenvernehmung

und für Abhaltung von Terminen, für den Erlaß oder die Expedition der Verfügungen, desgleichen die Insinuations- und sog. Siegelgebühren durchgehends weg und das requirirende Gericht bezahlt alsdann dem ersteren nur die unvermeidlichen baaren Auslagen für Porto, Kopialien, Reise- und Zehrungskosten der Richter und Zeugen nach den bei den requirirten Gerichten üblichen Taxsätzen.

2) Zur Entscheidung der Frage, ob (der Delinquent) oder die sonst betheiligte Person hinlängliches Vermögen zur Berichtigung der Gerichtsgebühren besitze oder nicht, soll in den beiderseitigen Landen nichts weiter als das Zeugniß derjenigen obrigkeitlichen Stelle erfordert werden, unter welcher die Betheiligten ihre wesentliche Wohnung haben.

3) Den in allen Civil- und Vormundschaftssachen zu sistirenden Zeugen und jeder abzuhörenden Person überhaupt sollen die Reise- und Zehrungskosten nebst der wegen ihrer Versäumniß ihnen gebührenden Vergütung, nach deren vom requirirten Gerichte geschehenen Verzeichnung bei erfolgter wirklicher Sistirung, sei es von dem requirirten oder von dem requirirenden Gerichte, unverzüglich verabreicht werden. Insofern sie dazu eines Vorschusses bedürfen, wird das requirirte Gericht zwar die erforderliche Auslage übernehmen, es soll selbige jedoch vom requirirenden Gericht auf die erhaltene Benachrichtigung dem requirirten Gericht wieder erstattet werden.

8. Mecklenburg-Strelitz, wie unter 7.

9. Oldenburg. Dieselbe Bestimmung, wie bei Hessen.

10. Reuß ält. Linie. Art. 45, wie Art. 45. Anhalt-Bernburg.
Art. 46, wie Art. 46. "
Art. 47, wie Art. 47. "

11. Reuß jüng. Linie. Wegen der Kosten in Civilsachen enthält der Vertrag keine Bestimmung.

12. Sachsen (Königreich). Art. 47, wie Art. 47. Anhalt-Bernburg.

Der §. 43 des Rechtshülfegesetzes ist auch auf die Kosten der in nicht streitigen bürgerlichen Rechtssachen ergehenden Requisitionen zu beziehen (Just.-Min.-Bl. 1870 S. 305).

13. Sachsen=Altenburg. Wegen der Kosten in Civilsachen enthält der Vertrag keine Bestimmung.

14. Sachsen=Koburg=Gotha. Art. 45, wie Art. 45. Anhalt=Bernburg bis „expediren"; es heißt dann weiter: „und nur die Auslagen an Porto, Botenlohn, Gebühren der Zeugen und Sachverständigen, sowie an Diäten und Reisekosten der Beamten zu liquidiren."

Art. 46, wie Art. 45. Anhalt=Dessau. — Art. 47, wie Art. 47. Anhalt=Bernburg.

15. Sachsen=Meiningen. Art. 44, wie Art. 45. Anhalt=Bernburg bis „expediren"; es heißt dann weiter: „und sind in einem solchen Falle auch die baaren Auslagen außer Ansatz zu lassen."

Art. 45, wie Art. 45. Anhalt=Dessau. — Art. 46, wie Art. 47. Anhalt=Bernburg.

16. Sachsen=Weimar. Art. 44, wie Art. 44. Anhalt=Dessau.
Art. 45, wie Art. 45. =
Art. 46, wie Art. 46. =

17. Schwarzburg=Rudolstadt. Art. 45, 46, 47, wie Art. 45, 46, 47. Anhalt=Bernburg.

18. Schwarzburg=Sondershausen. Art. 45, wie Art. 45. Anhalt=Bernburg. — Art. 45, wie Art. 46. Anhalt=Bernburg, statt der Worte „geschehenen Verzeichnung" heißt es „vorher zu bewirkende Verzeichnung".

Art. 47, wie Art. 47. Anhalt=Bernburg.

19. Waldeck. Art. 44, wie Art. 44. Meiningen. — Art. 45 und 46, wie Art. 46 und 47. Anhalt=Bernburg.

20. Württemberg. Für die Besorgung der Insinuationen und Requisitionen — es sind gemeint Requisitionen um Zustellung von Ladungen und Verfügungen — werden gegenseitig keine Kosten und baaren Auslagen, jedoch ausschließlich des Postportos, berechnet, sondern es bleibt jedem der beiderseitigen Staaten überlassen, ob und welche Kosten er von seinen Unterthanen dafür einziehen will.

Wegen Hohenzollerns siehe Ministerialerklärung vom 17. Juli 1865 (G.=S. S. 791).

Diese Bestimmungen sind durch den Schlußabsatz des §. 19 des Ausführungsgesetzes zum deutschen G.=V.=G. (G.=S. 1879 S. 145) ausdrücklich aufrecht erhalten.

Im Uebrigen sind nach dem §. 19 a. a. O. für die Erledigung des Ersuchens eines nichtpreußischen Gerichts in Sachen der nicht streitigen Gerichtsbarkeit zu erheben außer

den baaren Auslagen —

Zu diesen gehören (§. 21 a. a. O. und §§. 79, 80 des deutsch. Gerichtskostengesetzes)

a) die Schreibgebühren,

b) die Post= und Telegraphengebühren,

c) die durch Einrückung einer Bekanntmachung in öffentliche Blätter entstehenden Kosten,

d) die an Zeugen und Sachverständige zu zahlenden Gebühren,

e) die bei Geschäften außerhalb der Gerichtsstelle den Gerichtsbeamten zustehenden Tagegelder und Reisekosten,

f) die an andere Behörden und Beamte oder an Rechtsanwälte für deren Thätigkeit zu zahlenden Beträge,

g) die Kosten eines Transports von Personen —

1. wenn eine Handlung vorgenommen wird, für welche besondere Gebühren bestimmt sind, diese Gebühren,

2. wenn nur um die Zustellung oder Aushändigung eines Schriftstücks ersucht ist, ein Zehntel der Sätze des §. 8 des deutschen Gerichtskostengesetzes, jedoch nicht über zehn Mark,

3. in allen anderen Fällen zwei Zehntheile der erwähnten Sätze, jedoch nicht über 20 Mark,

In den unter Nr. 2 und 3 bezeichneten Fällen werden im Bezirke des Appellationsgerichtshofs zu Cöln und in der Provinz Hannover die in dem Gesetze vom 26. März 1873 §. 2 Nr. 1—4 bezeichneten Stempelabgaben, im Kreise Herzogthum Lauenburg der ordentliche Stempel und die besonderen Stempel für Bescheide, Protokolle und Auszüge aus Rechnungen nicht erhoben.[1])

Die Gewährung der Rechtshülfe kann in nicht gebührenfreien

---

[1]) Für die übrigen Landestheile folgt die Nichterhebung der Stempelabgabe schon aus dem Gesetze vom 26. Mai 1873.

Rechtsangelegenheiten von der Einsendung eines ausreichenden Kostenvorschusses zur Deckung der Kosten des Requisitionsverfahrens durch das ersuchende Gericht abhängig gemacht werden.

Die Verfügung des Justizministers vom 17. September 1875 (Just.=Min.=Bl. S. 210) ordnet an, daß bei Erlaß von Requisitionen an nicht preußische deutsche Gerichte anzugeben ist,

a) ob eine zur Erstattung der entstehenden Kosten verpflichtete und fähige Partei vorhanden ist und deshalb der Kostenerhebung durch Postvorschuß nichts im Wege steht;

b) ob eine zahlungspflichtige Partei nicht vorhanden, bezw. die zahlungspflichtige Partei unvermögend und deshalb eine kosten= und gebührenfreie Gewährung der Rechtshülfe erbeten ist, oder

c) ob zur Zeit die Zahlungsverbindlichkeit einer Partei oder deren Zahlungsvermögen noch nicht feststeht — womit alsdann das Ersuchen zu verbinden ist, die Kosten nicht sofort durch Postvorschuß zu erheben, sondern behufs ihrer Einziehung und demnächstigen Uebersendung dem Betrage nach unter Beifügung einer Berechnung mitzutheilen und einstweilen zu stunden.

Für den Verkehr der deutschen Gerichte unter einander kommt ferner noch die Bekanntmachung des Bundeskanzlers vom 29. August 1870 (B.=G.=Bl. S. 514)[2]) in Betracht, welche bestimmt:

„Portopflichtige Sendungen sind stets von der absendenden Behörde zu frankiren. Bei Korrespondenzen zwischen Behörden in Parteisachen entrichtet die absendende Stelle das Porto auch in solchen Fällen, in welchen die Pflicht der Portozahlung einer im Gebiete der empfangenden Stelle befindlichen Partei obliegt.

Die empfangende Stelle ist zwar befugt, den Portobetrag von der Partei einzuziehen, jedoch soll von einer Erstattung desselben an die absendende Behörde des anderen Staates bis auf Weiteres Abstand genommen werden."

---

[2]) Vgl. Bekanntmachung des Reichskanzlers R.=G.=Bl. 1872 S. 108 wegen Südhessen, Baden und Elsaß=Lothringen und R.=G.=Bl. 1873 S. 232 wegen Bayern und Württemberg.

Die Frankirung der Sendung hat ausnahmslos zu geschehen, gleichviel, ob nach Lage der Sache das Porto von der Staatskasse oder von einer Privatperson zu tragen ist, und ob letzterenfalls dieselbe zahlungsfähig ist und bereits einen Kostenvorschuß geleistet hat oder nicht.

Die Bekanntmachung des Bundesraths vom 23. April 1880 (R.-G.-Bl. 1880 S. 278) betreffend die gegenseitige Einziehung von Gerichtskosten unter den deutschen Bundesstaaten ist auch bezüglich der durch Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit entstandenen Gerichtskosten zur Anwendung zu bringen (vgl. Böhm, Nachlaßbehandlung S. 215).

---

7.

# Ein weiterer Beitrag zum bürgerlichen Gesetzbuch.

Von Dr. O. Bähr.

---

Der von mir jüngst in dieser Zeitschrift veröffentlichte Versuch, das eheliche Güterrecht des entworfenen Gesetzbuchs in der Form eines Gegenentwurfs einer eingehenden Kritik zu unterwerfen, ist von vielen Seiten, auch von Männern, deren Urtheil ich die größte Bedeutung für die Sache beilegen darf, so beifällig aufgenommen worden, daß ich es wage, auf diesem Wege fortzuschreiten und eine gleichartige Bearbeitung noch einiger anderen Abschnitte des Entwurfs hier der Oeffentlichkeit zu übergeben.

Für das, was ich zur Rechtfertigung meines Unternehmens zu sagen habe, kann ich auf die Einleitung meines Aufsatzes über das eheliche Güterrecht Bezug nehmen. Allerdings besteht zwischen dieser früheren Arbeit und meiner jetzigen der Unterschied, daß zu jener mich in erster Linie die abschreckende Form, in welcher der Kommissionsentwurf die Lehre dargestellt hat, veranlaßte, während zu dieser mehr das sachlich Unbefriedigende des Kommissionsentwurfs mir Anregung gegeben hat.

Ueber sämmtliche Gegenstände, die ich hier bearbeitet habe, liegen bereits früher von mir veröffentlichte, umfassende wissenschaftliche Arbeiten vor, auf die ich zur Begründung meiner Ansichten im Allgemeinen mich beziehen kann. Auch in meiner ersten Besprechung des Entwurfs in der Kritischen Vierteljahrsschrift (ich werde sie, da sie auch besonders unter dem Titel „Zur Beurtheilung 2c." erschienen ist, so weit als nöthig unter der Bezeichnung „Beurtheilung" hier anführen) sind die gedachten Gegenstände bereits berührt und dem Entwurfe gegenüber besprochen worden. Wenn ich in dieser

„Beurtheilung" mich im Ganzen mehr zurückhaltend geäußert habe, so bitte ich zu beachten, daß ich von vornherein jeden Schein, als ob ich dem Entwurfe gehässig gegenübertrete, vermeiden wollte, und daß ich auch unter dem Drucke der Annahme stand, es werde die nämliche Kommission, welche den Entwurf geschaffen, auch über die dagegen erhobenen Einwendungen zu entscheiden haben. Leugnen will ich aber auch nicht, daß ich im Laufe des inzwischen verflossenen Jahres über manche Fehler des Entwurfs mir noch klarer geworden bin.

Was die Bedeutung betrifft, welche ich den von mir verfaßten Gegenentwürfen beilege, so kann ich darüber nur das wiederholen, was ich in der Einleitung meines Aufsatzes über das eheliche Güterrecht gesagt habe: ich bin weit entfernt, meine Arbeiten für vollkommen zu halten. Im Gegentheil, es ist mir bei diesen Arbeiten wieder zum lebendigen Bewußtsein gekommen, daß jeder Versuch, eine umfassende wissenschaftliche Lehre in eine Anzahl Paragraphen mit formaler Geltungskraft hineinzuzwängen, etwas sehr Unbefriedigendes hat. Es kann sich immer nur um den relativen Werth verschiedener Versuche dieser Art handeln. Was ich erstrebe, ist ja bekannt. Ich möchte dem steifen Juristendeutsch des Kommissionsentwurfs eine menschlich-natürlichere Sprache, dem allzu idealen Dogmatismus desselben ein Stück Real-Jurisprudenz gegenüberstellen. Täusche ich mich darin, daß dies mir, sei es auch nur annähernd, gelungen, so mag es darum sein.

Ohne Zweifel werden Andere auch in meinen Arbeiten Unvollkommenheiten genug erblicken. Dann möchte ich sie aber recht herzlich bitten, es nicht blos bei abfälligen Urtheilen bewenden zu lassen, sondern selbst Hand anzulegen und in der Form anderer Entwürfe ihrer Ansicht Ausdruck zu geben. Erst wenn Jemand in dieser Form arbeitet, sieht man recht, was er will und was er kann. Auch lassen sich, wenn die Gedanken in solcher Form vorliegen, am leichtesten daraus Stichproben praktischer Fälle ziehen, die doch für die gesunde Beurtheilung schließlich das Ausschlaggebende sind. Wenn in dieser Weise von anderer Seite Besseres und praktisch Brauchbareres geliefert wird, so werde ich der erste sein, der es dankbar anerkennt.

Dankend muß ich auch noch erwähnen, daß ich bei diesen Arbeiten der sehr werthvollen Unterstützung des Herrn Oberlandesgerichtsraths Vierhaus mich zu erfreuen gehabt habe.

---

## I. Versprechen der Leistung an einen Dritten. Schuldübernahme.

Bereits in der „Beurtheilung" habe ich dargelegt, daß die der Ueberschrift entsprechenden Titel des Gesetzbuchs durchaus unbefriedigend sind. Während die dort aufgestellte Lehre vom Versprechen der Leistung an einen Dritten völlig nichtssagend ist, weil in ihr Alles auf den im einzelnen Falle zu erforschenden „Willen der Betheiligten" gestellt wird, ist die Lehre von der Schuldübernahme praktisch unbrauchbar, weil in dieser sich ein „dinglicher Vertrag" verwirklichen soll, der eine Schuld, wie ein Vermögensstück, von Einem auf den Anderen übertrage.

Den Grundgedanken, welcher die Lehre von den Verträgen zu Gunsten Dritter — so nannte man sie früher — beherrscht, habe ich bereits vor 33 Jahren ausgesprochen.[1]) Es ist das Recht des Dritten, kraft stillschweigender Ermächtigung des Promissars eine aus dessen Recht abgeleitete Klage zu erheben. Seitdem habe ich an zahlreichen Erfahrungen diesen Gedanken erprobt und richtig befunden. Möchten doch diejenigen, welche andere Ansichten aufstellen, an praktischen Fällen zeigen, wie sich ihre Ansichten im Gegensatze zu der meinigen bewähren.

Die Schuldübernahme ist nichts Anderes, als ein solcher Vertrag über Leistung an einen Dritten, wobei die Eigenthümlichkeit nur darin besteht, daß diese Leistung auf Berichtigung einer Schuld des Promissars an den Dritten gerichtet ist. Der in neuerer Zeit ausgeheckte Gedanke, daß durch die Schuldübernahme eine Schuld ebenso von Einem auf den Anderen übertragen werde, wie durch die Cession eine Forderung, ist völlig unhaltbar. Thatsächlich läßt sich allerdings herbeiführen, daß das, was bisher A. dem C. schuldete, nunmehr B. ihm schuldet. Aber diese Schuld des B. an C. ist nicht mehr die Schuld des A., sondern eine andere Schuld,

---

[1]) Vergl. Iherings Jahrbücher Bd. 1 S. 390 Note 43.

hervorgegangen aus einem neuen selbständigen Rechtsgeschäfte. Dieses Rechtsgeschäft ist daher auch für die ganze Natur der Schuld maßgebend. So die Sache aufzufassen, ist keine juristische Spitzfindigkeit, sondern eine unabweisliche Forderung des juristischen Denkens. Denn alles juristische Denken besteht darin, daß man die Rechtserscheinungen in ihre Elemente zerlegt und auf ihre wahren Gründe zurückführt. Gerade bei einem so verwickelten Vorgange, wie der Schuldübernahme, ist es um so nöthiger, das klare juristische Denken festzuhalten, weil nur darin die Grundlage für die Entscheidung der mannigfachen, dabei entstehenden Fragen gefunden werden kann.[2])

Dies vorausgeschickt, entwerfe ich in dem Folgenden die Paragraphen, die an die Stelle der angeführten Titel des Entwurfs treten könnten.

§. 1.

Hat Jemand in einem Vertrage, den er im eigenen Namen abgeschlossen hat, die Leistung des aus dem Vertrage Geschuldeten an einen Dritten sich versprechen lassen, so ist er berechtigt, die Leistung an den Dritten zu verlangen.

An seiner Stelle kann auch der Dritte verlangen, daß die fällige Leistung an ihn erfolge.

Der vorstehende Paragraph ist dem § 216 des Dresdener Entwurfs nachgebildet, in welchem der Grundgedanke der Lehre durchaus richtig erfaßt ist. Der erste Absatz tritt der aus älteren römischen Bestimmungen abgeleiteten Ansicht entgegen, daß man eine Leistung an einen Dritten sich nicht ausbedingen könne. Der Absatz 2 regelt dann das Klagerecht des Dritten aus einem solchen Vertrage. Die Eingangsworte: „An seiner Stelle“ drücken aus, daß die Klage des Dritten nichts Anderes ist, als die auf ihn übergegangene Klage des Promissars aus dem diesem geleisteten Versprechen. Der gedachte § 216 fügt allerdings noch die Beschränkung hinzu: „wenn nicht aus dem Vertrage oder den Umständen erhellt, daß der Dritte nicht befugt sein soll, das Recht aus dem Vertrage für sich geltend zu machen.“ Dieser Zusatz ist durch die Besorgniß diktirt, es könnten doch Fälle vorkommen, wo sich das Klagerecht des Dritten unangenehm fühlbar mache. Ich bin überzeugt, daß sich solche Fälle nicht finden werden, und es ist zu befürchten, daß dieser Zusatz

[2]) Welche unklaren Ansichten über die Schuldübernahme in der Praxis bestehen, zeigt unter andern ein bei Bolze Bd. 3 S. 147 mitgetheiltes Urtheil des Reichsgerichts. S. dazu die Krit. Viertelj.-Schr. Bd. 31 S. 443.

bei einzelnen Richtern zu willkürlichen Entscheidungen die Handhabe bieten würde. Indessen ist die Formulirung mit diesem negativen Zusatze doch noch unendlich besser, als die Formulirung des Kommissionsentwurfs.

§. 2.

Eine Forderung, die der Uebernehmer der Leistung an den Ueberweiser derselben hat, kann wider die versprochene Leistung an den Dritten nicht in Aufrechnung gebracht werden.

Der Kommissionsentwurf enthält diesen Satz nicht. Derselbe rechtfertigt sich aber, wie ich glaube, durch die Natur des Verhältnisses. Er bildet eine Ausnahme davon, daß im Uebrigen der Dritte, wenn er Klage erhebt, alle Einreden aus der Person des Ueberweisers sich gefallen lassen muß.

§. 3.

Bis zum Empfange der Leistung seitens des Dritten können die Vertragschließenden durch Vereinbarung anderweit über die Leistung verfügen. Hat der Uebernehmer der Leistung kein rechtliches Interesse daran, daß diese an den Dritten erfolge, so kann der Ueberweiser auch einseitig über dieselbe anderweite Verfügung treffen.

Daß nicht durch „Acceptation" oder „Genehmigung", auch nicht durch den mysteriösen „Beitritt" (ein Begriff, der anscheinend aus dem preuß. Landrechte stammt,) der Dritte ein selbständiges Recht auf die Leistung erwerbe, habe ich bereits an anderen Orten mehrfach ausgeführt. Vielleicht könnte man aber doch die obigen Worte „bis zum Empfange der Leistung" beanstanden, weil man geneigt wäre, dem Dritten wenigstens dann ein vollendetes Recht auf die Leistung zuzuerkennen, wenn er auf dieselbe Klage erhoben, (ähnlich, wie im römischen Rechte vor Entwickelung des Cessionsbegriffs derjenige, dem ein Klagerecht übertragen war, dieses durch litiscontestatio sich aneignete). Nach reiflicher Prüfung muß ich auch diesen Gedanken ablehnen. Die Litiscontestation hat im heutigen Rechte nicht mehr die Bedeutung, daß sie an dem materiellen Rechtsstand etwas ändert. Hiernach bleibt nichts übrig, als erst an den Empfang der Leistung das vollendete Recht des Dritten zu knüpfen. Selbstverständlich aber würde, wenn der Dritte vorher Klage erhoben hätte und nun nachträglich doch die Leistung ihm entzogen würde, der Verklagte in die Kosten des rechtmäßig begonnenen Prozesses zu verurtheilen sein.

§. 4.

Hat Jemand eine Leistung an einen Dritten, welche diesem seitens des Ueberweisers als Zuwendung von Todes wegen zu Theil werden soll, versprochen, so erwirbt mit dem Tode des Ueberweisers der Dritte ein selbständiges unwiderrufliches Recht auf die Leistung.

Dieser Paragraph bildet eine Ausnahme von der Regel des § 3. Die Ausnahme ist bereits im römischen Rechte begründet, welches eine solche Zuwendung

an den Dritten als eine Art Fideikommiß ansah. In einem Falle dieser Art können also die Erben des Ueberweisers nicht mehr die Zuweisung an den Dritten zurücknehmen. Dieser hat damit ein selbständiges Recht erlangt. Ein Hauptanwendungsfall dieser Bestimmung wird durch die Lebensversicherungsverträge gegeben.

## §. 5.

Uebernimmt bei einem Vertrage der eine Theil auf das, was er aus dem Vertrage schuldig wird, eine Schuld des Anderen, so kann der Gläubiger in Gemäßheit des § 1 Abs. 2 Zahlung der Schuld von dem Schuldübernehmer fordern.

Hiermit wird klar das Prinzip hingestellt, daß die Schuldübernahme nichts Anderes ist, als ein obligatorischer Vertrag mit ausbedungener Leistung an einen Dritten.

## §. 6.

Der Schuldübernehmer hat die übernommene Schuld im Zweifel nur nach Maßgabe der für dieselbe geltenden Bedingungen zu zahlen.

Es rechtfertigt sich dieser Satz dadurch, daß nach Absicht der Betheiligten in der That die „Schuld", so wie sie ist, auf den Schuldübernehmer übergehen soll. Ist es also eine stehende Schuld, die erst nach Kündigung gezahlt zu werden braucht, so kann auch der Uebernehmer einstweilen die Schuld stehen lassen, bis Kündigung erfolgt. Will der Gläubiger den Uebernehmer in Anspruch nehmen, so hat er ihm zu kündigen, gerade so, wie durch die Schuldübernahme der Uebernehmer auch ermächtigt ist, seinerseits dem Gläubiger zu kündigen. Liegt es im Interesse des Schuldüberweisers, die Sache anders zu ordnen, soll also z. B. der Uebernehmer gehalten sein, die Schuld sofort abzutragen, so muß der Ueberweiser dies bei der Schuldübernahme sich ausbedingen.

## §. 7.

Ist die Schuld als eine feststehende dem Schuldübernehmer überwiesen worden, so kann dieser Einwendungen gegen den Bestand der Schuld dem Gläubiger gegenüber nicht erheben.

Hat der Schuldüberweiser die Schuld als eine feststehende zur Zahlung überwiesen, so hat er damit seinen Willen kundgegeben, daß die Schuld unbedingt bezahlt werden soll; und dann kann auch dem Schuldübernehmer kein Recht zuerkannt werden, seinerseits noch die Schuld zu bestreiten. Denn er zahlt ja nicht die Schuld als seine Schuld, sondern als die Schuld des Ueberweisers. Seinerseits bezahlt er nur seine eigene Schuld aus dem mit dem Ueberweiser geschlossenen Rechtsgeschäfte (Kaufgeld). Selbstverständlich kann aber der Schuldüberweiser nachträglich noch seine Verfügung dahin ändern, daß der Uebernehmer berechtigt sein soll, Einwendungen gegen die Schuld zu erheben. Es liegt das in den durch § 3 gegebenen Befugnissen.

§. 8.

Durch die Schuldübernahme wird der Schuldüberweiser (der bisherige Schuldner) dem Gläubiger gegenüber nicht befreit, so lange dieser ihn nicht freigegeben hat. Die Freigebung kann insbesondere erwirkt werden

durch den Schuldüberweiser, indem von ihm sein Anspruch wider den Schuldübernehmer auf Zahlung der Schuld dem Gläubiger abgetreten wird;

durch den Schuldübernehmer, indem von ihm ein Zahlungsversprechen bezüglich der übernommenen Schuld dem Gläubiger geleistet wird.

Gegen ein solches Zahlungsversprechen kann der Schuldübernehmer Einwendungen, welche ihm bezüglich der Schuldübernahme dem Schuldüberweiser gegenüber zustehen, nicht weiter geltend machen.

Der Grundgedanke dieses Satzes ist unzweifelhaft. Der bisherige Schuldner wird nicht durch die Schuldübernahme, sondern nur dadurch befreit, daß der Gläubiger ihn freigiebt. Die Art, in welcher diese Freigebung zu erwirken ist, wird regelmäßig auf eines der beiden oben bezeichneten Rechtsgeschäfte hinauslaufen, welche natürlich auch in minder scheinbaren Formen als nach der obigen Darstellung auftreten können. (Vergl. § 9).

Entweder der Schuldüberweiser cedirt seinen Anspruch aus der Schuldübernahme an den Gläubiger. Dann erwirbt dieser ein festes Recht auf Zahlung seiner Forderung wider den Schuldübernehmer und kann dagegen den Schuldüberweiser freigeben. Die Klage, die er dadurch gegen den Schuldübernehmer hat, ist die actio cessa des Schuldüberweisers. Allerdings muß er sich nun als Cessionar etwaige Einreden des Schuldübernehmers gefallen lassen. Und wenn der Schuldübernehmer damit durchdringt, so bleibt dem Gläubiger nur der Rückgriff auf den ursprünglichen Schuldner, seinen Cedenten. In diesem Sinne wird also letzterer nicht vollkommen befreit.

Oder der Schuldübernehmer verpflichtet sich selbständig, dem Gläubiger die Schuld zu bezahlen. Dann kann auch hiergegen der Gläubiger den ursprünglichen Schuldner freigeben. Es ist dies das unter dem Namen der Expromission bekannte Rechtsgeschäft. Diesem selbständigen Zahlungsversprechen gegenüber kann der Schuldübernehmer Einreden, die ihm gegen den Schuldüberweiser zugestanden hätten, nicht weiter geltend machen. In diesem Sinne wirkt sie also stärker als die Abtretung der Ansprüche des Schuldüberweisers.

Auf diese Weise kann das wirthschaftliche Ziel, eine Schuld von Einem auf den Anderen übergehen zu lassen, thatsächlich erreicht werden. Aber nimmermehr ist das eine Uebertragung der Schuld, wie man das Eigenthum einer Sache von Einem auf den Anderen überträgt.

§. 9.

Erklärt auf die Aufforderung, den Schuldübernehmer als seinen Schuldner anzunehmen, der Gläubiger seine Zustimmung, so ist darin im Zweifel, je nachdem die Aufforderung von dem Schuldüberweiser oder dem Schuldübernehmer ergangen ist, das eine oder das andere der in § 8 bezeichneten Rechtsgeschäfte zu finden.

Diese Bestimmung will dem praktischen Leben dadurch zu Hülfe kommen, daß sie für die gewöhnliche Form, in welcher die Annahme des neuen Schuldners seitens des Gläubigers erfolgt, die rechtlichen Gesichtspunkte klarstellt.

§. 10.

Hat der Erwerber eines mit Hypothek belasteten Grundstücks die Hypothekschuld zugleich als persönliche übernommen, so kann der Veräußerer unter Bekanntgebung der Schuldübernahme den Gläubiger auffordern, die Hypothek zu kündigen und einzuklagen, widrigenfalls er nicht mehr für die Schuld haften wolle. Unterläßt der Gläubiger darauf, binnen Jahresfrist die Hypothek zu kündigen und binnen 6 Monaten nach eingetretener Fälligkeit einzuklagen, so wird der Veräußerer frei. Die Befreiung ist als durch Abtretung des Anspruchs des Veräußerers wider den Schuldübernehmer bewirkt anzusehen.

Ist das Kündigungsrecht für eine bestimmte Zeit ausgeschlossen oder an den Eintritt eines bestimmten Ereignisses gebunden, so beginnt die Frist mit Ablauf der Zeit oder Eintritt des Ereignisses.

Der Paragraph ist dem bekannten § 41 des preuß. Eigenthumsgesetzes von 1872 nachgebildet. Ich halte die Vorschrift für eine dem praktischen Bedürfniß entsprechende. Wer auf Hypothek ausleiht, kreditirt in der Regel dem Grundstück, und es ist ihm verhältnißmäßig gleichgültig, wer als persönlicher Schuldner noch daneben figurirt. Daraus rechtfertigt es sich, bei Uebernahme der persönlichen Schuld durch den Grundstückserwerber für deren Abwälzung von dem ursprünglichen Schuldner erleichterte Formen zu schaffen. Eine solche ist in der gedachten Vorschrift gegeben. Auch der deutsche Landwirthschaftsrath hat sich für Aufnahme einer derartigen Bestimmung in das Gesetzbuch erklärt. Was die Fassung im Einzelnen betrifft, so halte ich es für zweckmäßig, die Mittheilung des Veräußerers an den Gläubiger nicht auf die bloße Nachricht von der „Schuldübernahme" zu beschränken. Viele Gläubiger würden nicht wissen, was sie darauf zu thun hätten. Außerdem ist es ein Erforderniß, klar zu stellen, in welcher Weise denn nun die Befreiung des Veräußerers eintrete. Es kann dies nicht wohl anders gedacht werden, als durch die Annahme, der Veräußerer habe durch die Benachrichtigung seine Ansprüche aus der Schuldübernahme dem Gläubiger angeboten und dieser sie stillschweigend angenommen. Hieraus wird sich dann das Weitere naturgemäß ableiten.

## II. Schuldversprechen und Erlaß.

Jeder weiß, daß Schuldschein und Quittung in unserem bürgerlichen Leben die größte Rolle spielen. Was sagt nun der Entwurf von ihnen? Gar nichts! Sie kommen als Rechtsakte gar nicht darin vor. In den Motiven wird beim Abschnitte vom Schulderlaß (II S. 116) gesagt, daß wohl auch in einer Quittung ein Schulderlaß gefunden werden könne. Darauf sei aber nicht näher einzugehen. Die Sache sei viel zu schwierig. Bei dem Abschnitte vom Schuldversprechen wird in den Motiven (II S. 688) das abstrakte Schuldversprechen behandelt und gesagt, daß, wenn dasselbe wirklich abstrakt (d. h. ohne nähere Angabe eines Schuldgrunds) und schriftlich ertheilt sei, es einen Verpflichtungsakt bilden solle. Dabei wird dann auch erwähnt, daß der indiskrete Schuldschein ein solches Versprechen sei. Was aber der Schuldschein überhaupt sei, namentlich der, welcher nicht die bevorzugte Eigenschaft der Indiskretion besitze, das könne man unmöglich wissen. Das müsse der Weisheit des Richters in jedem einzelnen Fall überlassen bleiben.[3] So schreitet der Entwurf auf theoretischen Stelzen hoch über dem wirklichen Leben einher.

Der Schuldschein ist ein Schuldversprechen. Die Quittung ist die vertragsmäßige Erklärung der Erledigung der Schuld; (leider fehlt uns für diesen Begriff ein einfaches deutsches Wort). In dieser Bedeutung bilden sie Akte formaler Natur, welche in nächster Verwandtschaft mit den römischen Formalkontrakten stehen. Sie werden im heutigen Rechtsleben genau so gebraucht, wie diese. Sie sind deshalb als Rechtsgeschäfte anzuerkennen und es ist danach ihr Gebrauch zu regeln. Namentlich ist die Frage zu regeln, welchen Einfluß auf ihre Rechtswirksamkeit der Mangel des unterliegenden Rechtsgrunds (der causa) übt.

Juristen, welche in den Lehren des preußischen Landrechts großgezogen sind, haben dem Gesetzbuch einen Vorwurf daraus gemacht, daß es das „abstrakte Zahlungsversprechen" zum Verpflichtungsgrund erheben wolle. Ich möchte glauben, daß man sich

---

[3]) Auch die Ausdrucksweise der Motive ist höchst charakteristisch. Sie sagen: „Den sich als Schuldanerkennungsvertrag bezeichnenden Vertrag des angeführten materiellen Inhalts (diskreter Vertrag) übergeht der Entwurf."

dabei doch nicht ganz das Richtige denkt, wozu die Motive allerdings Anlaß geben. Ein „abstraktes Zahlungsversprechen" kommt in Wirklichkeit nicht vor. Oder glaubt man, daß zwei Menschen zu einander sagen: „Ich verspreche Dir hiermit 1000 Mark", und daß dann der Empfänger des Versprechens Klage erheben könnte:

> Verklagter hat mir 1000 Mark versprochen. Ich bitte, ihn zu deren Zahlung zu verurtheilen.

Eine solche Klage wäre ein Unding. Nicht um die Wirksamkeit des abstrakten, sondern um die des abstrahirenden Zahlungsversprechens handelt es sich, d. h. des Zahlungsversprechens, welches auf den vorhandenen Bestand einer Schuld Bezug nimmt und diesen durch ein erneuertes Versprechen sichert. Diese Natur des Versprechens muß selbstverständlich dargelegt werden. Die Gültigkeit eines solchen, den Bestand einer Schuld sichernden Versprechens zu beanstanden, dazu liegt nicht der geringste Grund vor. Hätte man frühzeitiger das Recht der Schuldurkunde auszubilden verstanden, so wäre vielleicht die Ausdehnung der Wechselfähigkeit gar kein Bedürfniß gewesen. Heute nun die allgemeine Wechselfähigkeit vertheidigen und gleichzeitig aber das viel gelindere und minder gefährliche Mittel für die Sicherung eines Schuldbestands, welches in der verpflichtenden Schuldurkunde liegt, bekämpfen: das ist ebenso verständig, als wenn Jemand gegen den Weingenuß eiferte, während er den Schnapsgenuß empföhle.

Daß aber der Entwurf so, wie in diesem die Sache gestaltet ist, nicht brauchbar ist, habe ich, wie ich glaube, schon genügend in meiner „Beurtheilung" dargelegt. Der Entwurf ist in sich selbst verkehrt. Man wird sogar noch weiter, als ich dort befürwortet habe, von ihm abweichen müssen. Von dem Wunsche geleitet, dem Entwurfe möglichst entgegenzukommen, bin ich dort auf den Gedanken eingegangen, den Schuldanerkennungsvertrag an schriftliche Form zu binden. Für den wichtigsten Fall dieses Vertrags, welcher in dem Schuldscheine liegt, ergiebt sich ja diese Form von selbst. Allgemein aber die Anerkennung einer bestehenden Verbindlichkeit an schriftliche Form zu knüpfen, würde, wie ich inzwischen mir klar gemacht habe, unerträglich wirken.

Nur ein Beispiel. Ich habe einen Miethvertrag geschlossen, nach dessen ungenauer Fassung es zweifelhaft ist, ob ich am

1. April 1890 ausziehen muß, oder noch bis zum 1. April 1891 wohnen bleiben kann. Ich gehe also zu meinem Hauswirth und frage ihn, ob er mein Recht, bis zum 1. April 1891 wohnen zu bleiben, anerkenne. Er bejaht das. Am 1. April 1890 will er aber doch mich aus der Wohnung treiben. Es kommt zum Prozeß. Ich berufe mich auf seine Anerkennung meines Rechtes. Ich werde damit zurückgewiesen, weil die Anerkennung nicht schriftlich erfolgt sei. Wäre das nicht empörend?

Dem Titel des Gesetzbuchs stelle ich folgenden Entwurf gegenüber.

## Schuldversprechen.

### §. 1.

Ein in Anerkennung einer bestehenden Verbindlichkeit ertheiltes Schuldversprechen kann wegen Nichtbestandes der ursprünglichen Verbindlichkeit nur nach den Grundsätzen, nach welchen die Zahlung einer Nichtschuld zurückgefordert werden kann, angefochten werden.

Ist die ursprüngliche Verbindlichkeit eine gesetzlich gemißbilligte, so findet die darauf gegründete Anfechtung auch gegen das neue Schuldversprechen statt.

### §. 2.

Einem förmlichen Schuldversprechen steht es gleich, wenn der Schuldner eine bestehende Verbindlichkeit zwecks deren Feststellung ausdrücklich anerkennt; insbesondere, wenn er einen Schuldschein darüber ausstellt.

Ein Schuldschein, durch welchen der Aussteller eine bestimmte Leistung schuldig zu sein bekennt, bedarf zu seiner Verpflichtungskraft nicht der Angabe des Schuldgrundes.

### §. 3.

Ein Schuldschein, welcher auf einen nicht in bestimmter Vergangenheit liegenden Empfang eines Darlehns als Schuldgrund Bezug nimmt, kann mit dem Beweise der Nichtzahlung des Geldes angefochten werden. Der Inhaber des Scheines kann dagegen geltend machen, daß der Schein in Anerkennung einer anderweiten Verbindlichkeit, welche in ein Darlehn verwandelt worden (§ 454), ausgestellt sei.

Ist jedoch der Schein über 30 Tage alt und behauptet der Inhaber, daß demselben eine anderweite Verbindlichkeit zu Grunde

liege, so kann der anfechtende Aussteller nur durchdringen, wenn er mit dem Beweise der Nichtzahlung des Geldes den Beweis verbindet, daß der Schein in Erwartung einer Geldzahlung ausgestellt sei, oder wenn er denselben wegen Mangels der anderweiten ihm zu Grunde liegenden Verbindlichkeit nach Maßgabe des § 1 ansicht.

Die dreißigtägige Frist läuft nicht ab, wenn innerhalb derselben der Aussteller dem Inhaber eine Verwahrung wegen Nichtzahlung des Geldes zustellen läßt.

Dieser Paragraph findet auf andere Schuldscheine, welche auf eine nicht in bestimmter Vergangenheit liegende Geldzahlung als Schuldgrund Bezug nehmen, entsprechende Anwendung.

Es ist hier unternommen, der Doppelnatur des Darlehnsscheins durch Regelung der Einrede des nicht gezahlten Geldes gerecht zu werden; eine Aufgabe, die allerdings nicht leicht zu lösen ist. Ich habe diese Doppelnatur von Darlehnsschein und Quittung bereits in der „Beurtheilung" (zu § 290 und zu § 454) dargelegt. Auch von Andern (Koch, Gierke) ist diese Darlegung als zutreffend anerkannt worden. Ist nun ein Darlehnsschein nicht zum Austausche gegen baares Geldes, sondern in Anerkennung einer bestehenden Verbindlichkeit ausgestellt worden, so wird ihm mit dem Beweise, daß Geld darauf nicht gezahlt sei, scheinbar die Grundlage entzogen, während er in Wahrheit wohlbegründet ist. Deshalb muß im Interesse der materiellen Gerechtigkeit diesem Beweise der Nicht-Geldzahlung eine Schranke gesetzt werden. Das römische Recht setzt diese Schranke dahin fest, daß nach Ablauf einer gewissen Zeit die Anfechtung des Scheines wegen Nichtzahlung des Geldes gar nicht mehr zugelassen werden sollte. Es beruhte dies auf dem berechtigten Gedanken, daß nach Abschluß eines Rechtsgeschäfts die Menschen anfangs in der Regel Treue halten, Unredlichkeiten aber meistens erst später, wenn die Verhältnisse sich verdunkelt haben, auftauchen.

Ich schlage meinerseits nicht vor, so, wie im römischen Rechte, nach Ablauf einer gewissen Frist die Anfechtung wegen nicht gezahlten Geldes ganz auszuschließen, sondern nur dieselbe in der Art zu erschweren, daß von dem Anfechtenden zugleich der Beweis verlangt wird, daß der Darlehnsschein wirklich die Bestimmung gehabt habe, gegen baares Geld ausgetauscht zu werden. Dadurch wird der Inhaber des Scheines gegen die trügerische Natur des Beweises, daß kein Geld gezahlt sei, gesichert. Bei Zulassung dieses Beweises kann aber, wie ich glaube, die anfängliche Frist, innerhalb deren schon der Beweis der Nichtzahlung des Geldes für die Anfechtung genügen soll, in Vergleich mit der im römischen Rechte für Darlehnsscheine bestimmten, erheblich abgekürzt und mit der für Quittungen bestimmten gleichgestellt werden.

Die in Abs. 3 angeordnete Zulassung eines Protestes ist wiederum dem römischen Rechte nachgebildet. Selbstverständlich würde, wenn Protest erhoben wird, der Inhaber des Scheines sofort auf Rechtsbeständigkeit desselben Feststellungsklage erheben können.

Man kann ja ohne Zweifel die Sache auch noch in anderer Weise regeln. Man könnte z. B. daran denken, die Frist, innerhalb welcher der Darlehnsschein mit dem bloßen Beweise der Nichtzahlung des Geldes soll angefochten werden können, ganz zu streichen und von vornherein den Beweis zu verlangen, daß der Schein in Erwartung einer Geldzahlung ausgestellt sei. In dem vorstehenden Entwurf ist die Frist gewissermaßen aus Achtung gegen das bestehende Recht beibehalten. Durch Streichung derselben würde die Sache sehr vereinfacht werden. Jeder einigermaßen annehmbaren Ordnung des Verhältnisses würde ich gern beistimmen. Nur bestreite man nicht das Bedürfniß überhaupt. Das besteht unzweifelhaft. Alljährlich gehen unzählige Darlehnsscheine und Quittungen, deren Inhaber in vollem Rechte sind, an der bestehenden Lehre zu Grunde.

§. 4.

Hat der Gläubiger, welcher vom Schuldner eine bindende Anerkennung seines Rechtes erlangt hat, aus dem ursprünglichen Schuldverhältnisse Klage erhoben, so kann er, wenn der Verklagte den Anspruch aus diesem bestreitet, die erfolgte Anerkennung auch als Replik geltend machen.

Es kommt öfters vor, daß, wenn der Kläger aus einem Schuldverhältniß Klage erhoben hat, der Verklagte aber seine Verpflichtung daraus bestreitet, der Kläger replicando geltend macht, der Verklagte habe ja auch seine Verpflichtung bereits anerkannt. Dann aber erwidert der Verklagte: die Anerkennung hätte als Klaggrund geltend gemacht werden müssen und sei jetzt verspätet. Dieser Art der Vertheidigung soll der vorstehende Paragraph entgegentreten. Die Anerkennung begründet zugleich ein replica doli gegen das Bestreiten des ursprünglichen Klaggrunds.

Die hier fragliche Lehre bedarf übrigens noch verschiedener Ergänzungen. Es bedarf noch des Ausspruchs, daß bei der Rechnungsablage die Einstellung der Einnahmeposten in die Rechnung eine den Rechnungssteller verpflichtende Anerkennung enthält. Einen solchen Satz habe ich in den Abschnitte von der Rechnungsablage (s. unten) eingereiht. Es bedarf ferner des Ausspruchs, daß in dem Aufrechnungsvertrag eine verpflichtende Anerkennung der beiderseitigen Forderungsposten enthalten ist. Die Motive (II S. 104) sagen freilich: „Mit der vertragsmäßigen Kompensation hat sich das Gesetzbuch nicht zu befassen.“ Aber das praktische Interesse dabei würde doch darin bestehen, daß die Frage entschieden würde, ob denn eine Anfechtung der mittels der Aufrechnung anerkannten Forderung des Gegners auch diesen zur Zurücknahme seiner Anerkennung der Forderung des Anfechtenden berechtige? Mit anderen

Worten: ob der Aufrechnungsvertrag eine synallagmatische Natur habe? Ueber diese Frage (welche zu verneinen ist) bestehen gewiß nicht durchweg klare Ansichten; und es dürfte sich deshalb doch wohl empfehlen, daß das Gesetzbuch sich einigermaßen mit dem Kompensationsvertrage befasse. M. E. wäre der Abschnitt von der Aufrechnung mit folgenden Paragraphen einzuleiten:

§. .

Wenn zwei Personen einander Leistungen schulden, so können sie die beiderseitigen Forderungen durch Aufrechnung tilgen.

Die vereinbarte Aufrechnung wirkt wie die jeseitige Zahlung der Schuld. Im Umfange der Aufrechnung erkennt jeder Theil die Forderung des anderen in verpflichtender Weise an.

§. .

Einseitig kann jeder Theil seine Forderung gegen die des anderen zur Aufrechnung bringen, wenn beide Forderungen ihrem Gegenstande nach gleichartig, auch beide fällig sind.

Eine Forderung, welcher eine Einrede entgegensteht, kann nicht zur Aufrechnung gebracht werden. Dies gilt auch von der Einrede der Verjährung, wenn zur Zeit der Entstehung der anderen Forderung die Verjährung bereits vollendet war.[4])

Uebereinstimmend mit dem Schuldversprechen würde dann auch die vertragsmäßige Schulderledigung zu ordnen sein. Der Entwurf hat diese unter den Titel „Erlaß" gebracht. Schon dies ist wenig sachentsprechend. Wenn ein Schuldner sagt: „Mein Gläubiger hat mir die Schuld erlassen", so wird Niemand etwas Anderes dabei denken, als daß der Gläubiger ihm die Schuld geschenkt habe. Natürlich ist dieser materielle Erlaß auch unter dem Titel „Erlaß" begriffen. Der Titel soll aber auch noch für den Erlaß in einer zweiten Bedeutung gelten, die man wohl den formellen Erlaß nennen könnte; nämlich für den Anerkennungsvertrag, daß die Schuld nicht bestehe. Daß

---

[4]) Ueber den letzteren Zusatz vergl. *mein* Gutachten in den diesjähr. Verh. d. Juristentags S. 304.

durch diese Vermischung zweier ganz verschiedenen Begriffe die Klarheit der Sache nicht gefördert wird, liegt auf der Hand.

Diese Begriffe müßten also zunächst getrennt werden, womöglich schon in der Ueberschrift. Ich stelle folgenden Entwurf dem Titel des Gesetzbuchs gegenüber.

## Erlaß und Quittirung.

§. 1.

Wird von dem Gläubiger dem Schuldner unter ausdrücklicher oder stillschweigender Annahme desselben die Schuld erlassen, so erlischt das Schuldverhältniß.

§. 2.

In gleicher Weise erlischt dasselbe, wenn der Gläubiger dem Schuldner gegenüber in verpflichtender Weise die Schuld als erledigt anerkennt, insbesondere wenn er Quittung über dieselbe ertheilt.

§. 3.

Eine Quittung, welche die Schuld als in bestimmter Vergangenheit erledigt anerkennt, kann nur nach den Grundsätzen, nach welchen die Zahlung einer Nichtschuld zurückgefordert werden kann, angefochten werden.

§. 4.

Eine Quittung, welche auf eine nicht in bestimmter Vergangenheit liegende Zahlung als Schulderledigungsgrund Bezug nimmt, kann mit dem Beweise der Nichtzahlung des Geldes angefochten werden. Der Inhaber der Quittung kann dagegen geltend machen, daß die Quittung in Anerkennung einer anderweiten Schulderledigung ausgestellt sei.

Ist jedoch die Quittung über 30 Tage alt und behauptet der Inhaber, daß derselben die Anerkennung einer anderweiten Schulderledigung zu Grunde liege, so kann der anfechtende Aussteller nur durchdringen, wenn er mit dem Beweise der Nichtzahlung des Geldes den Beweis verbindet, daß die Quittung in Erwartung einer Geldzahlung ausgestellt sei, oder wenn er dieselbe wegen Mangels der anderweiten Schulderledigung nach Maßgabe des § 3 anficht.

Die dreißigtägige Frist läuft nicht ab, wenn innerhalb derselben der Aussteller dem Inhaber eine Verwahrung wegen Nichtzahlung des Geldes zustellen läßt.

Die parallel gehenden Lehren von Schuldschein und Quittung ließen sich vielleicht in der Darstellung vereinfachen, wenn man sie beide in einem Abschnitt unter dem Titel des Anerkennungsvertrags zusammenfaßte; (wodurch die Wiederholung der etwas schwerfälligen Bestimmungen über die Einrede des nicht gezahlten Geldes vermieden werden könnte.) Da aber eine solche Zusammenfassung in das ganze System des Gesetzbuchs nicht paßt, letzteres auch vor dem Anerkennungsvertrag einen solchen Schauder zu empfinden scheint, daß selbst die Motive nur von einem „sich als Anerkennungsvertrag bezeichnenden Vertrage" reden, so wage ich nicht so etwas vorzuschlagen.

Uebrigens wird die Lehre von dem Schuldschein und der Quittung auch noch von weiteren Rechtssätzen beherrscht. So z. B. von dem Satze, daß diese Urkunden, wenn sie in der Hand des Berechtigten sich befinden, die Vermuthung für sich haben, mit Wissen und Willen des Ausstellers an ihn gelangt zu sein (wodurch der Besitz der einseitig ausgestellten Urkunde als vollendeter Vertragsschluß sich darstellt). Ferner von der Regel, daß die Urkunde die Vermuthung einer vollständigen Darstellung des Rechtsverhältnisses für sich hat. Von alledem enthält der Entwurf nichts. Ich unterlasse aber auch meinerseits den Versuch einer Darstellung, weil ich annehme, daß diese Sätze — troß des § 1 des Entwurfs — fortbestehen werden.

## III. Rechnungsablage.

Der Entwurf hat die Lehre von der Rechnungsablage gänzlich bei Seite gelassen. Es sei bedenklich, sagen die Motive (II. S. 538), sich damit zu beschäftigen. Man falle damit nur in Kasuistik und rege Zweifel damit an. Das war doch wohl kein zureichender Grund, um ein für das bürgerliche Leben hochwichtiges, in der Praxis den mannigfachsten Zweifeln preisgegebenes Rechtsinstitut mit Stillschweigen zu übergehen.

In Nachstehendem versuche ich, eine gesetzliche Regelung der Lehre zu geben, und darf mich zur Begründung im Allgemeinen wohl auf meinen im Jahre 1874 veröffentlichten Aufsatz über die Pflicht zur Rechnungsablage (Iherings Jahrbücher, Bd. 13) beziehen.

(Die nachfolgenden Paragraphen würden am besten im Buch II Abschn. 4 Titel 4, dessen Ueberschrift zugleich zu vervollständigen wäre, sich einreihen.)

§. 1.

Wer in fremder Angelegenheit dergestalt thätig gewesen ist oder thätig zu sein berufen war, daß er je nach Maßgabe seiner Thätigkeit demjenigen, den die Angelegenheit angeht, (dem Geschäftsherrn) zu einer Vermögensherausgabe verpflichtet erscheint, ist zugleich verpflichtet, zwecks Feststellung dieser Herausgabe über seine Thätigkeit dem Geschäftsherrn Rechnung abzulegen.

Die Verpflichtung tritt auch dann ein, wenn der Handelnde glaubte, in eigener Angelegenheit thätig zu sein.

Sie trifft auch den Erben des Geschäftsführers.

Dieser Paragraph will die ganze Grundlage des Instituts bestimmen. Auffallen kann vielleicht der Schlußsatz. Ich bin zu dessen Aufnahme nur veranlaßt worden, weil ich vernommen habe, daß in der Praxis Zweifel bestehen, ob auch der Erbe zur Rechnungsablage verpflichtet sei. Ich selbst habe einen solchen Zweifel nicht. Die Pflicht zur Rechnungsablage ist sachlich, nicht persönlich begründet. Selbstverständlich hat der Erbe nur so viel zu offenbaren, als er von der Sache weiß. In der Regel wird er deshalb seiner Pflicht genügen, wenn er die bezüglichen Aufzeichnungen seines Erblassers vollständig vorlegt.

Zur Erläuterung der weiteren Paragraphen möge folgendes dienen. Die Pflicht zur Rechnungsablage erwächst aus jeder Art Führung fremder Geschäfte, auch aus einer solchen, welche nicht in Verzeichnung von Einnahmen und Ausgaben sich auszuweisen hat. Da indessen die wichtigsten und häufigsten Fälle der Rechnungsstellungspflicht zu Rechnungen mit Einnahmen und Ausgaben führen, so ist auf diese in der folgenden Regelung vorzugsweise Rücksicht genommen. Die anderen, selteneren Fälle werden durch sinnentsprechende Anwendung der aufgestellten Grundsätze sich erledigen lassen.

§. 2.

Der zur Rechnungsablage Verpflichtete hat über seine Thätigkeit diejenige Auskunft zu geben, welche den Geschäftsherrn erkennen läßt, ob und welche Ansprüche ihm in Folge dieser Thätigkeit zustehen. Der Rechnungssteller hat namentlich die von ihm gemachten Einnahmen vollständig und so genau, als das Interesse des Geschäftsherrn erheischt, zu verzeichnen, auch die in seinem Besitze befindlichen, auf seine Thätigkeit bezüglichen Urkunden (Belege) vorzulegen.

Er ist zugleich berechtigt, seine Gegenansprüche darzulegen, insbesondere seine Ausgaben in der gestellten Rechnung zu ver-

zeichnen, und danach den Rechnungsabschluß zu ziehen. Auch zu den verzeichneten Ausgaben hat er die geschäftsüblichen Belege vorzulegen, widrigenfalls er die Kosten der durch deren Mangel veranlaßten Weiterungen zu tragen hat.

Dieser Paragraph ist insofern für die ganze Lehre grundlegend, als er klarstellt, daß die eigentliche Pflicht zur Rechnungsablage nur auf die Verzeichnung der Einnahmen sich bezieht, während die Verzeichnung der Ausgaben an sich nur ein Recht des Rechnungsstellers ist. Verzeichnet er aber Ausgaben, so übt die Natur des ganzeu Rechtsverhältnisses auch darin ihre Wirkung, daß der Geschäftsherr verlangen kann, die geschäftsüblichen Belege für die Ausgaben vorgelegt zu erhalten. Der Geschäftsherr ist zwar in der Lage, dadurch, daß er die Ausgabeposten bestreitet, den Rechnungssteller zum Beweise derselben zu nöthigen. Aber es kann doch für ihn nicht gleichgültig sein, ob er vielleicht schon aus den Belegen die Ueberzeugung von der Richtigkeit der Ausgabeposten gewinnen kann. Hätte z. B. der Rechnungssteller unterlassen, über seine Zahlungen die üblichen Quittungen vorzulegen, und müßte nun zum Beweise ein weitläufiger Zeugenbeweis erhoben werden, so entspräche es der Gerechtigkeit, daß dem Rechnungssteller, auch wenn er seinen Beweis erbrächte, die Kosten der Beweisführung zur Last gelegt würden.

§. 3.

Durch die gestellte Rechnung erkennt der Rechnungssteller die von ihm verzeichneten Einnahmeposten als ihn verpflichtende Schuldposten an. Die Anerkennung wirkt unabhängig davon, ob der Geschäftsherr die Ausgabeposten zugesteht.

Diese Bestimmung bildet eine Ergänzung der Lehre von der verpflichtenden Anerkennung, welche bereits oben (S. 109) als nothwendig bezeichnet wurde.

§. 4.

Bemängelt der Geschäftsherr die Vollständigkeit der verzeichneten Einnahmen oder der vorgelegten Belege, so hat auf sein Verlangen der Rechnungssteller den Offenbarungseid dahin zu leisten:

> daß er nach bestem Wissen seine Angaben so vollständig gemacht und die Belege so vollständig vorgelegt habe, als er dazu im Stande sei.

Verlangt der Geschäftsherr in näher von ihm zu bestimmender Richtung genauere Angaben, die der Rechnungssteller nicht machen zu können erklärt, so hat dieser auf Verlangen des Geschäftsherrn den Offenbarungseid dahin zu leisten:

> daß er nach bestem Wissen seine Angaben so genau gemacht habe, als er dazu im Stande sei.

Der letzte Absatz des §. 777 findet auch auf diese Eide Anwendung.

Der Offenbarungseid, durch welchen der Rechnungssteller die Vollständigkeit seiner Rechnung glaubhaft zu machen hat, bildet gewissermaßen die Spitze der ganzen Lehre. Ohne ihn wird dieselbe völlig haltlos. Denn kann man es anders bezeichnen, wenn mitunter Gerichte auf die Beschwerde des Geschäftsherrn, daß der Rechnungssteller eine ganz inhaltslose Rechnung gestellt habe, die Antwort ertheilen: es bleibe dem Geschäftsherrn nun überlassen, selbst bessere Rechnung zu stellen —? Daß das Bewußtsein von der Nothwendigkeit dieses Eides bei einem Theile der deutschen Rechtsprechung abhanden gekommen ist, hat für die ganze Lehre die traurigsten Folgen gehabt. Um so mehr hat die Gesetzgebung die Pflicht, diesen Gedanken herzustellen.

Am Schluß ist gesagt, daß der letzte Absatz des §. 777 auch hier zur Anwendung kommen soll. Die dort in Bezug genommenen Bestimmungen der C.-P.-O. bedürfen aber selbst einer Aenderung. Ich werde darauf unten (bei §. 7) zurückkommen.

§. 5.

Die in §. 4 bezeichneten Eide können nicht verlangt werden, wenn bereits in anderer Weise glaubhaft gemacht ist, daß der Rechnungssteller seine Angaben so vollständig und so genau, als er dazu im Stande ist, gemacht habe.

Die in §. 4 angeordneten Eide haben die Natur des alten Kalumnieneids. Sie werden deshalb da erübrigt, wo schon in anderer Weise es glaubhaft vorliegt, daß der Rechnungspflichtige seine Angaben vollständig gemacht habe. So wird z. B., wenn ein Kaufmann zwecks Rechnungsstellung seine ordnungsmäßig geführten Bücher vorlegt, in der Regel nicht noch ein Eid gefordert werden können.

§. 6.

Auch nach gestellter, durch den Offenbarungseid bestärkter Rechnung steht es dem Geschäftsherrn frei, weitergehende Ansprüche wider den Rechnungssteller, insbesondere weitere Einnahmeposten desselben prozessualisch geltend zu machen.

Bestreitet der Geschäftsherr die vom Rechnungssteller verzeichneten Ausgabeposten, so hat dieser sie prozessualisch zu begründen und zu beweisen.

Die vorgedachte Natur des Offenbarungseids hat die weitere Folge, daß der Geschäftsherr, ohne den Beweis des Meineids führen zu müssen, weitere Einnahmeposten aufstellen und beweisen kann. Bei der Erbschaftsklage, wo ganz die Grundsätze von der Rechnungsstellung Anwendung finden, nannte die ältere Praxis dieses Verfahren den Defektenbeweis. Das Verfahren geht nach gewöhnlichen Prozeßgrundsätzen vor sich.

§. 7.

Die Klage auf Rechnungsstellung schließt den Anspruch auf Herausgabe des durch die Verhandlung sich ergebenden Rechnungsabschlusses in sich. Die Entscheidung über die Verpflichtung zur Rechnungslegung und zur Ableistung der in §. 4 bezeichneten Eide erfolgt durch Zwischenurtheil. Dasselbe ist in Betreff der Rechtsmittel und der Zwangsvollstreckung als Endurtheil anzusehen.

Uebersteigen die Ausgaben die Einnahmen, so kann der Verklagte bei Stellung der Rechnung widerklagend fordern, daß der sich ergebende Rechnungsabschluß ihm zuerkannt werde.

Rechnungsstellung ist nicht ein Vermögensgegenstand, auch nicht eine Handlung, von der man an sich einen Genuß hätte, sondern sie ist nur ein prozessualisches Mittel für einen weiteren Zweck, nämlich für den Zweck, dasjenige herauszubekommen, was der Rechnungsabschluß ergiebt. Deshalb ist es ganz und gar unpassend, den Prozeß mit der Verurtheilung zur Rechnungsablage als erledigt anzusehen und die Parteien für ihr eigentliches Ziel auf einen neuen Prozeß zu verweisen. Die Verurtheilung zur Rechnungsablage hat die Natur eines Zwischenurtheils, welches freilich einer selbstständigen Anfechtung unterworfen sein muß. Die Civilprozeßordnung kennt bereits einen analogen Fall in §. 276, den Fall nämlich, wenn das Gericht über den Grund des Anspruchs vorweg entscheidet. Dem §. 276 ist die obige Bestimmung nachgebildet. Erledigt sich nach ausgesprochener Verurtheilung zur Rechnungsablage die Sache nicht in Güte, so muß der Prozeß mit dem Zwange zur Rechnungsablage und, wenn diese erfolgt, mit der Verhandlung über die gestellte Rechnung oder den eventuellen Entschädigungsanspruch seinen Fortgang nehmen.

Dabei wäre jedoch der Schlußabsatz in §. 777 (auch für die dort geregelten Fälle) dahin abzuändern, daß die Bezugnahme auf §. 780 der C.-P.-O. wegbliebe und statt dessen gesagt würde: „Die Abnahme des Eides geschieht vor dem Prozeßgericht." Der Offenbarungseid ist nämlich ein Prozeßeid, wie sich schon daraus ergiebt, daß der Eidestermin unter Umständen (wenn nämlich der Eidespflichtige Gegenstände für die Herausgabe offenbart) eine sofortige weitere Entscheidung (die Verurtheilung zur Herausgabe) zur Folge haben muß. Auch ist das Prozeßgericht ganz anders in der Lage, dem Eidespflichtigen sachgemäße Vorhalte zu machen, als das Vollziehungsgericht, das von der ganzen Sache nichts weiß.

§. 8.

Hat der zur Rechnungsstellung Verpflichtete durch sein Verschulden sich außer Stand gesetzt, ordnungsmäßig Rechnung zu stellen, oder verweigert er beharrlich die Rechnungsstellung, so tritt an die Stelle des in §. 7 Abs. 1 gedachten Anspruchs ein Anspruch auf Schadensersatz.

Als selbstverständlich wird man annehmen dürfen, daß bei Bemessung des Schadensersatzes §. 260 der C.-P.-O. zur Anwendung kommt.

## IV. Besitz.

Ueber keinen Abschnitt des Gesetzbuchs ist die Kritik in der Mißbilligung so einig gewesen, wie über den Abschnitt „Besitz und Inhabung". Schon die scharfe Trennung dieser beiden Begriffe, die dem gewöhnlichen Menschenverstande durchaus nicht einleuchten will, die aber der Entwurf bis zu den äußersten Konsequenzen und zu den absonderlichsten Sätzen (z. B. in Abs. 2 und 3 des §. 874) durchführt, macht einen wahrhaft peinlichen Eindruck. In dem nachfolgenden Entwurf ist versucht, die Lehre natürlicher zu gestalten und die Sätze so zu stellen, wie sie der Praktiker für sein Bedürfniß brauchen kann. Daß diese Sätze, um richtig gebraucht zu werden, erst richtig verstanden werden müßen, liegt in der Natur der Sache. Es ist eben ganz unmöglich, eine so mannigfaltig gestaltete Lehre in wenigen Sätzen so aufzustellen, daß sie über jedes Mißverständniß erhaben wäre. Indessen muß in einem Gesetzbuche doch wenigstens der Versuch gemacht werden, die Sache dem praktischen Verständnisse so nahe wie möglich zu bringen. Die abstrakt theoretischen Sätze des Kommissionsentwurfs sind dazu wenig geeignet.

Der Entwurf, den ich entgegenstelle, lautet folgendermaßen.

### Besitz.

§. 1 (797).

Besitzer einer Sache ist, wer in Ausübung eigenen Rechtes an der Sache die thatsächliche Gewalt über dieselbe übt.

Am liebsten hätte ich diese Definition ganz weggelassen; aber sie gehört nun einmal zur formalen Vollständigkeit. Die Unterscheidung zwischen Besitz und Inhabung ist hier aufgegeben. Das Charakteristische des Besitzes ist darein gelegt, daß jemand ein eigenes Recht an der Sache ausüben will und kraft dessen die Sache beherrscht. Der Ausdruck „thatsächliche Gewalt" ist aus dem Entwurfe beibehalten. Es hätte auch „ausschließliche Herrschaft" gesagt werden können. Niemals wird es möglich sein, einen Begriff vom Besitze zu geben, der schon in seinem Wortlaute die Sache völlig klarstellte.

§. 2 (798).

An Sachen, an welchen kein Eigenthum möglich ist, findet auch kein Besitz statt.

§. 3 (799).

Eine Sache kann von Mehreren in Gemeinschaft besessen werden.

§. 4 (800).

Besitz kann auch von einer geschäftsunfähigen Person erworben und ausgeübt werden, wenn sie des Besitzbewußtseins nicht ermangelt.

Ich glaube, daß man in dieser Beschränkung unbedenklich auch Kindern unter 7 Jahren einen Besitz beimessen kann.

§. 6.

Besitz kann sowohl in Ausübung des Eigenthums, als eines die Sache in ihrer Gesammtheit erfassenden Rechtes, neben welchem ein Anderer als Eigenthümer anerkannt wird, geübt werden (Eigenbesitz und Nutzbesitz).

Hier wird bestimmt ausgesprochen, daß nicht blos dem Eigenthümer, sondern auch dem, welcher in Ausübung eines anderen Rechtes die volle Gewalt über die Sache hat, Besitz zusteht. Die Bezeichnung „eines die Sache in ihrer Gesammtheit erfassenden Rechtes" ist gewählt, um damit auszudrücken, daß derjenige, dem nur einzelne Nutzungen an einer Sache zustehen (z. B. der Pächter des Obstes von den Obstbäumen eines Grundstücks, der Miether einer Schlafstelle in einer fremden Wohnung) keinen Besitz hat. (Ueber die Bezeichnung „Eigen- oder Nutzbesitz" siehe die Bemerkung zu §. 7.)

§. 7.

Der Nutzbesitzer (Nießbraucher, Faustpfandgläubiger, Miether, Pächter u. s. w.) übt seinen Besitz zugleich für den von ihm als Eigenthümer Anerkannten (den Eigenthumsberechtigten) insofern aus, als diesem sein Besitz für die Verjährung zugerechnet wird. (Vergl. auch §. 11 Abs. 2 und §. 20.)

Hier muß vor allem über die in §§. 6 und 7 versuchte Namengebung etwas gesagt werden. Daß es ein wissenschaftliches Bedürfniß ist, für die bezeichneten Rechtsverhältnisse Namen zu haben, liegt auf der Hand; und wenn bisher die Wissenschaft nichts dazu gethan hat, solche Namen zu finden, so zeigt sich darin recht, wie sehr die ganze Lehre in der Entwickelung zurückgeblieben ist. Ueber die Findung solcher Namen habe ich schon seit Jahren nachgedacht, auch juristische Freunde um Rath gefragt. Die Bezeichnung „Eigenbesitzer" und „Nutzbesitzer" in §. 6 halte ich für gut; ich habe sie aber nicht selbst gefunden, sondern verdanke sie der Findigkeit des Herrn Prof. Eck. Die Bezeichnung des Eigenthümers in seinem possessorischen Verhältnisse zur Sache, nachdem er sich des Realbesitzes entäußert hat, als „Eigenthumsberechtigten" halte ich für minder gut. Ich habe aber keinen bessern Namen aufzufinden gewußt. Ich selbst habe früher das

fragliche Verhältniß des Eigenthümers als „ruhenden Besitz“ bezeichnet. Man kann aber unmöglich auch von einem „ruhenden Besitzer“ reden. Das preußische Landrecht bezeichnet den Gegensatz, den ich Eigen- oder Nutzbesitz genannt, als „vollständigen“ und „unvollständigen Besitz“ und behält den Namen des „vollständigen Besitzes“ auch für den Eigenthümer bei, nachdem er den Besitz an einen Nutzbesitzer weggegeben hat. Ich halte das aber nicht für passend. Es bedarf eben einer verschiedenen Bezeichnung des Eigenthümers in seinem possessorischen Verhältnisse zur Sache, je nachdem er selbst den Realbesitz inne hat, oder diesen auf einen Anderen übertragen hat. Sollte nun jemand für dieses letztere Verhältniß einen besseren Namen als den des „Eigenthumsberechtigten“ finden, so könnte ich das nur mit Freude begrüßen.

§. 8.

Besitz an Grundstücken oder bestimmt abgegrenzten Theilen derselben (z. B. Stockwerken) wird durch deren dauernde Benutzung und, wenn sie geschlossen sind, auch dadurch geübt, daß der Besitzer sie unter seinem Verschluß hält.

§. 9.

Der Besitzer einer selbständigen Wohnung oder eines anderen geschlossenen Raumes ist zugleich Besitzer der darin befindlichen beweglichen Sachen.

Sachen, welche Mitbenutzer der Wohnung oder darin Anwesende in dieselbe eingebracht haben, bleiben in deren Besitz.

§. 10.

Bewegliche Sachen, welche üblicher Weise im Freien aufbewahrt werden, bleiben im Besitze dessen, der sie besaß oder den Besitz daran erlangte, als sie zur Stelle gebracht wurden.

§. 11 (808. 810).

Der Besitz einer Sache wird beendigt, wenn der Besitzer die Gewalt über die Sache aufgiebt oder thatsächlich verliert.

Giebt der Nutzbesitzer seinen Besitz an einem Grundstück auf, so fällt es in den Besitz des Eigenthumsberechtigten zurück.

§. 12.

Der Besitz einer Sache geht auf einen Anderen über, wenn der Besitzer diesem den Besitz überträgt oder von einem solchen daraus verdrängt wird.

§. 13 (803).

Die Uebertragung des Besitzes erfolgt durch die thatsächliche Einräumung der Gewalt über die Sache (Uebergabe).

Ist jedoch die Sache offen zugänglich, so genügt für die Uebertragung des Besitzes die Willenseinigung der Betheiligten. In Fällen dieser Art begreift die Uebertragung eines naturgemäß mit dem Besitze verbundenen Rechtes im Zweifel auch die Uebertragung des Besitzes in sich.

Sachen, welche offen zugänglich sind, sind offene Grundstücke, aber auch bewegliche Sachen, welche offen im Freien aufbewahrt werden. Daß es bei solchen zum Besitzübergang einer förmlichen Uebergabe nicht bedarf, erkennt auch der Entwurf in Abs. 2 des §. 803 an. Nur wird die Willenseinigung der Betheiligten nicht leicht in der förmlichen Art vorkommen, wie sie dort bestimmt ist. Man muß aber noch einen Schritt weiter gehen und auch in der Uebertragung des Rechtes die Uebertragung des Besitzes begriffen erachten, wenn das Recht naturgemäß mit dem Besitze verbunden ist, da der Besitzergreifung nichts im Wege steht. Hiernach wird die Auflassung eines offenen Grundstücks, indem sie das Eigenthum überträgt, im Zweifel auch den Besitz übertragen.

§. 14 (812, 815).

Durch Verdrängung des Besitzers geht dessen Besitz erst dann verloren, wenn ihm gegenüber der Thäter zu einem festen Besitzstande gelangt ist.

Bei Wegnahme einer beweglichen Sache ist der Besitzer berechtigt, dem auf der That betroffenen oder bei sofortiger Nacheile erreichten Thäter die Sache mit Gewalt wieder abzunehmen.

Bei Verdrängung aus einem Grundstück ist der Besitzer berechtigt, sofort nach erlangter Kenntniß von dem fremden Eindringen den Eindringling mit Gewalt wieder aus dem Grundstücke zu vertreiben.

In beiden Fällen ist für denjenigen, der sich sofort wieder in den Besitz gesetzt hat, der Besitz nicht unterbrochen worden.

Der Eingangssatz dieses Paragraphen hat nur die Bedeutung, daß er die besonderen Bestimmungen der folgenden Sätze (die ja auch im Entwurf enthalten sind) auf ein einheitliches Prinzip zurückzuführen sucht. Hält man das nicht für nöthig, so könnte er auch gestrichen werden.

§. 15 (814, 815)

Niemand darf eigenmächtig den Besitzer einer Sache in dem Besitze stören oder ihm denselben entziehen.

Der Besitzer ist berechtigt, darauf gerichteter Handlungen sich mit Gewalt zu erwehren (vergl. auch §. 14 Abs. 2 und 3).

## §. 16 (819, 820).

Wider den eigenmächtigen Störer des Besitzes hat der Besitzer den Anspruch auf Wiederaufhebung der Störung und Entschädigung. Auch kann er nach Befinden Verurtheilung desselben zur Unterlassung weiterer Störungen verlangen.

Bei eigenmächtiger Entziehung des Besitzes hat der Besitzer wider den Thäter den Anspruch auf Wiedereinräumung des Besitzes und Entschädigung. Den ersteren Anspruch hat er auch wider den nachfolgenden Besitzer, wenn dieser mit Vorwissen von der eigenmächtigen Entziehung den Besitz erlangt hat.

Abweichend von der Aufstellung des Entwurfs wird hier bei der Besitzklage zugleich ein Anspruch auf Entschädigung zugelassen. Die Motive (III. S. 119) sagen darüber: „Die Ausscheidung der Geltendmachung von Schadensansprüchen aus dem possessorischen Versehen dient dazu, den possessorischen Klagen den pönalen Charakter zu nehmen, welchen sie sonst bei der Begrenzung des Streitmaterials unter Umständen gewinnen könnten." Ich halte das für einen Doktrinarismus.

## §. 17 (822).

Wider die in §. 16 bezeichneten Klagen kann der Verklagte darauf, daß der Kläger zuvor gegen ihn Eigenmacht geübt habe, weder eine Einrede, noch eine Widerklage gründen.

Aus dem Recht auf den Besitz oder einem Rechte zu der als Störung gerügten Handlung kann eine Einrede nur insoweit entnommen werden, als dadurch dargelegt wird, daß der Verklagte nicht eigenmächtig gehandelt habe.

Der Kommissionsentwurf will den Besitzklagen gegenüber die Einrede, daß der klägerische Besitz „fehlerhaft" sei, zulassen. Die Folge wäre, daß zwischen zwei um den Besitz Streitenden, nachdem der eine einmal Eigenmacht geübt, ein dauernder Kriegszustand eröffnet würde. Ich halte das im geordneten Staate für unmöglich. Auch schon im späteren römischen Rechte war dies erkannt. Justinian schließt (in §. 6 J. de interd. 4, 15) dem interdictum de vi gegenüber die Einrede aus den sogen. Besitzfehlern aus. Wie nun jetzt der Entwurf dazu kommt, doch diese Einrede wieder zulassen zu wollen, ist mir nicht verständlich.

Ich habe bereits in der „Beurtheilung" erwähnt, daß die Zulassung einer Einrede aus der früher geübten Eigenmacht wohl zu ertragen wäre, wenn die Eigenmacht mit einer öffentlichen Strafe belegt würde. Dann läge in dieser schon ein genügendes Abschreckungsmittel dagegen, einer geübten Eigenmacht mit einer neuen Eigenmacht zu antworten. So lange aber eine solche Strafe nicht besteht, halte ich die oben vorgeschlagene Ordnung des Verhältnisses, welche dem heutigen Standpunkte des gemeinen Rechts entspricht, für das relativ Beste.

§. 18.

Ist der Besitzstand an einer Sache streitig, so ist jeder Betheiligte berechtigt, auf Feststellung des Besitzes Klage zu erheben.

Besitzhandlungen, welche einer der Streitenden wider den anderen mittels Bedrohung oder Gewalt oder unter geflissentlicher Verheimlichung ausgeführt hat, desgleichen Handlungen, zu denen er den anderen um Erlaubniß gebeten hat, kommen nicht zu seinen Gunsten in Rechnung.

Die hier geordnete Klage ist das römische Interdictum uti possidetis in seiner ursprünglichen Bedeutung. Warum der Entwurf dieselbe weggelassen, habe ich nicht zu erkennen vermocht. Vielleicht hat man geglaubt, sie verstände sich als „Feststellungsklage" von selbst. Ich halte es für zweckmäßig, der Sache, so wie vorsteht, Ausdruck zu geben.

§. 19 (817).

Haben Mehrere eine Sache gemeinschaftlich in Besitz, so bilden Handlungen eines Theilhabers, welche über die ihm als solchem zustehende Gebrauchsbefugniß hinausgehen oder den andern Theilhaber in dieser Gebrauchsbefugniß hindern, Verletzungen des Besitzes.

§. 20 (821).

Die zum Schutze des Besitzes gegebenen Rechte stehen sowohl dem Eigenbesitzer wie dem Nutzbesitzer zu, dem letzteren auch wider den Eigenthumsberechtigten.

Dritten gegenüber kann neben dem Nutzbesitzer auch der Eigenthumsberechtigte von ihnen Gebrauch machen. Der Klage des einen kann der andere als Nebenintervenient (§§. 63, 66 d. C.-P.-O.) beitreten.

§. 21 (821 Abs. 2).

Hat ein Nutzbesitzer im Umfange seines Rechtes den Besitz der Sache auf einen weiteren Nutzbesitzer übertragen, so tritt auch er diesem gegenüber in die Rechte des Eigenthumsberechtigten ein.

Es ist hier der Fall gedacht, daß der Miether einen Aftermiether annimmt oder der Faustpfandgläubiger die Sache weiter verpfändet.

§. 22.

Wer in Ausübung fremden Rechtes die thatsächliche Gewalt über eine Sache übt (Verwalter), hat dem von ihm Vertretenen gegenüber kein Besitzrecht.

Dritten gegenüber darf auch er Angriffe auf die Sache ab-

wehren, sowie bei dauernder Abwesenheit oder Verhinderung des von ihm Vertretenen Besitzklagen erheben.

Eine Ausnahme von der Regel des Abs. 1 tritt ein, wenn eine bewegliche Sache von dem sie Verwaltenden in seinen geschlossenen Räumen aufbewahrt wird. In diesem Falle stehen dem Verwalter die Rechte des Nutzbesitzers, dem, für welchen er verwaltet, nur die Rechte des Eigenthumsberechtigten zu.

Ein Hauptvorwurf wider das Gesetzbuch liegt darin, daß es in dem „Inhaber" den Nutzbesitzer und Verwalter zusammenwirft und dadurch dem Verwalter Rechte einräumt, die diesem durchaus nicht gebühren. Der Name „Verwalter" ist dem Hauptfall entnommen, daß jemand die Aufsicht und Obsorge für ein in seinem Besitze befindliches Grundstück einem Anderen übertragen hat. Hier hat der also Beauftragte zwar die thatsächliche Gewalt über das Grundstück — vielleicht ist sein Herr jahrelang abwesend — aber dennoch hat er keinen Besitz daran, sondern sein Herr bleibt Besitzer. (Nur wenn ihm etwa auf dem Grundstück eine selbstständige Wohnung eingeräumt wäre, würde er bezüglich dieser Besitzer sein.) Aehnliche Verhältnisse kommen aber auch bei beweglichen Sachen vor. Der Hirt, der die Heerde seines Herrn auf der Weide hütet, der Kutscher, der das Geschirr seines Herrn auf der Straße führt, die Dienstmagd, welche die Wäsche der Herrschaft zur Bleiche trägt, sie alle haben zwar im Augenblicke die Gewalt über die Sache, sind aber nur Verwalter und haben ihrem Herrn gegenüber kein Besitzrecht. Der Herr kann ihnen jeden Augenblick die Sache mit Gewalt wieder abnehmen.

Daß der Verwalter sich Dritten gegenüber bei Eingriffen in den Besitz wehren kann, liegt in der Natur der Sache. Der weiter in Abs. 2 enthaltene Satz, daß der Verwalter ausnahmsweise auch Besitzklagen soll anstellen können, ist dem römischen und preußischen Rechte nachgebildet. (Vgl. l. 1 C. si per vim 8, 3. Pr. Landrecht I Tit. 7 §. 162.)

Die Stellung des Verwalters ändert sich aber, sobald seiner thatsächlichen Gewalt der Schutz des Hauses zu Hülfe kommt. Hat der Verwalter die Sache in seine Wohnung übergeführt, so wird er Besitzer und hat selbstständiges Besitzrecht. So der Depositar, der Arbeiter, welcher eine fremde Sache zur Ausbesserung in seine Wohnung geschickt bekommt u. s. w. Sie wollen zwar kein eigenes Recht an der Sache ausüben und sind deshalb der Sache nach nur Verwalter; sie genießen aber den vollen Schutz des Besitzes. Auch der Deponent darf dem Depositar die Sache nicht eigenmächtig aus seinem Hause wegnehmen.

## §. 23 (824).

Die in § 16 bezeichneten Ansprüche aus dem Besitzrechte verjähren innerhalb eines Jahres. Ueber diese Frist hinaus dauern sie fort, soweit der Verklagte aus seiner Handlung bereichert ist.

## §. 24 (823).

Die Entscheidung aus dem Besitzrechte schließt eine andere Ent=

scheidung aus dem Rechte, das dem Besitze zu Grunde liegt, nicht aus. Beide Streitigkeiten können nebeneinander verhandelt werden.

Die Entscheidung über das zugrundeliegende Recht erledigt den noch anhängigen Besitzstreit in der Hauptsache, vorbehaltlich der über den Kostenpunkt und einen etwaigen Entschädigungsanspruch zu treffenden Entscheidung.

Die Fassung des §. 823 des Entwurfs huldigt offenbar der Ansicht, „daß Besitz kein Recht sei"; eine Ansicht, welche in der Besitzlehre unsägliche Irrthümer angestiftet hat. Die obige Fassung vermeidet einen Ausspruch in dieser Richtung.

Ich kann nicht umhin, hier noch eine Frage zu erörtern, über deren Behandlung man zweifeln kann. Es ist die Frage, wie sich die Sache gestaltet, wenn der bisherige Nutzbesitzer erklärt, fortan den Eigenbesitz (oder auch den Nutzbesitz für einen Dritten) üben zu wollen. Der Entwurf berührt diese Frage in §. 813 Abs. 2, indem er sagt, daß in diesem Falle mit der Erklärung des „Inhabers" an den „Besitzer" für letzteren der Besitz verloren gehe. Es entsteht aber die Frage, ob nicht in einem solchen Falle dem Eigenthumsberechtigten kraft seines ruhenden Besitzes ein possessorischer Schutz zu gewähren sei? Nur in einer anderen Form tritt die nämliche Frage auf, wenn der Nutzbesitzer sich als Eigenthümer dadurch aufspielt, daß er Handlungen an der Sache vornimmt, die völlig außerhalb seines Nutzrechts liegen; (wenn also z. B. der Pachter die Gutsgebäude abbricht, noch gute Obstbäume abhaut ꝛc.). Die Motive lehnen in diesem Falle jeden possessorischen Schutz des „Besitzers" ab, indem sie (S. 107) sagen: „Man kann bei der dem Inhaber eingeräumten Stellung und der Gründung des Besitzschutzes auf die Inhabung die Lossagung des Inhabers von dem Vertretungsverhältnisse nicht als eine Handlung verbotener Eigenmacht behandeln. Nach dem römischen Recht liegt eine solche Behandlung sehr nahe, wenn man den Detentor als dienstbereites Organ und den Besitzer als mittelbaren Inhaber betrachtet; deshalb wird auch der Satz aufgestellt, daß der Detentor possessionem prius debet restituere et tunc de proprietate litigare. (l. 15 C. de loc. 4, 65.)" Indessen scheint mir damit die Frage doch nicht abgethan zu sein. Eine Eigenmacht im Sinne des Rechtes der Spolienklage liegt allerdings in einem solchen Falle von Seiten des Nutzbesitzers nicht vor. Denn er übt unzweifelhaft die thatsächliche Herrschaft über

die Sache. Mag es deshalb nun auch bedenklich sein, dem Eigenthumsberechtigten hier den Schutz seines Rechtes mittels persönlicher Gewaltanwendung zu gestatten,[5]) so könnte man ihm doch einen der römischen Besitzklage entsprechenden possessorischen Schutz gewähren. Fragt man, worin sich dieser possessorische Schutz von der Kontraktsklage unterscheide, so liegt der praktische Unterschied darin, daß die possessorische Klage eine Einrede des Nutzbesitzers aus dem materiellen Rechte (dem Eigenthum) ausschlösse; wie dies die Motive auch durch das von ihnen gebrachte Citat anerkennen. Deshalb kann man aber auch das praktische Ziel einer solchen Besitzklage dadurch erreichen, daß man der Kontraktsklage, wo sie mit der possessorischen Klage zusammenfällt, die nämliche Wirkung giebt; die Wirkung, daß die Einrede aus dem materiellen Rechte dagegen ausgeschlossen ist. So haben schon die Römer ausweislich der angeführten Kodexstelle verfahren. Ich bin hiernach der Ansicht, daß die Besitzlehre des Entwurfs auch noch dahin zu vervollständigen wäre, daß derjenige, welcher kontraktlich eine Sache zeitweise zur Benutzung erhalten hat, der Klage auf Rückgabe nicht die Einrede des Eigenthums entgegensetzen dürfe. So namentlich, wenn es sich um Grundstücke handelt; aber auch bei Mobilien wenigstens in den Fällen, bei welchen die Hingabe auf einem besonderen Vertrauensverhältnisse beruht, wie dies bei der Hinterlegung und der Sachenleihe der Fall ist. (Der Entwurf läßt hier überall die „Einrede des Eigenthums" zu.)

Die oben entworfene Umgestaltung der Besitzlehre würde zur Folge haben müssen, daß auch §. 874 über den Eigenthumserwerb an beweglichen Sachen eine entsprechende Aenderung erführe. Ich entwerfe folgende Paragraphen:

§. (874, 803 Abs. 2, 805).

Eigenthum an einer beweglichen Sache wird durch Willenseinigung zwischen dem bisherigen Eigenthümer und dem Erwerber übertragen. Im Zweifel gilt diese Willenseinigung erst mit der Uebergabe der Sache (s. oben §. 13 Abs. 1) als vollendet.

---

[5]) Ein Verpachter würde freilich, wenn der Pachter die Obstbäume im Garten abzuhauen begönne, kaum sich bedenken, auch mit Gewalt dagegen aufzutreten. Indessen würde ihm hierbei wohl schon der §. 189 schützend zur Seite stehen.

Durch bloße Willenseinigung wird das Eigenthum übertragen:
1. in den Fällen, in welchen der Besitz durch bloße Willenseinigung übergeht (§. 13 Abs. 2);
2. wenn die Sache bereits im Besitze des Erwerbers sich befindet;
3. wenn die Willenseinigung deutlich dahin gerichtet ist, daß das Eigenthum auf den Erwerber übergehen, der Besitz der Sache aber einstweilen bei dem Veräußerer bleiben soll.

§. (804).

An einer Sache, die weder im Besitze des Veräußerers noch des Erwerbers ist, kann Eigenthum durch bloße Willenseinigung beider übertragen werden, jedoch nur mit der Wirkung, daß der Erwerber einem dritten Besitzer gegenüber die durch dessen Besitz bethätigten Rechte gegen sich gelten lassen muß. Der Besitzer hat den Erwerber als Eigenthümer anzuerkennen, sobald er von der Uebertragung des Eigenthums glaubhaft benachrichtigt wird.

Der letzte Paragraph konstruirt sich theoretisch in der Weise, daß in einem Falle der fraglichen Art die „Uebertragung des Eigenthums" auf die Cession der Eigenthumsklage hinausläuft. Diese Konstruktion trägt die weiteren Sätze als Folgen in sich.

In dem vorhergehenden Paragraphen wird in der Nr. 3 der ganze schwülstige Apparat des §. 805 über Bord geworfen. Vielleicht wird es manchem Juristen schwer, sich in diese Ansicht zu finden, weil in der That das constitutum possessorium öfters zu betrüglichen Geschäften mißbraucht wird. Der Hauptfall dieser betrüglichen Anwendung besteht darin, daß das Verbot einer Hypothek an Mobilien durch einen Verkauf der Sache unter Ausbedingung des Rückkaufs und unter Uebertragung des Eigenthums mittels const. poss. umgangen wird. Hätten unsere Gerichte stets die Energie des Denkens gehabt, solche Geschäfte als zur Umgehung des Gesetzes bestimmt zu verwerfen, so wäre damit geholfen gewesen. Leider hat diese Energie öfters gefehlt.

Bei dieser Sachlage ist es besonders mißlich, daß das Gesetzbuch von Geschäften, die zur Umgehung des Gesetzes geschlossen werden, ganz schweigt. Kann man sich nicht entschließen, eine allgemeine Bestimmung über die Unzulässigkeit von Geschäften in fraudem legis aufzunehmen, dann sollte man wenigstens durch eine besondere Bestimmung jenem Unfug steuern. Es könnte hinter §. 1147 folgender Paragraph eingeschoben werden:

> Wird zur Sicherung einer Forderung der Verkauf einer Sache unter Vorbehalt des Rückkaufs für den gezahlten Preis dergestalt vereinbart, daß der Besitz der Sache bei dem Verkäufer belassen wird, so ist ein solches Geschäft als zur Umgehung des Gesetzes bestimmt nichtig.

Damit wäre die Hauptgefahr, die das const. poss. in sich trägt, beseitigt.

## V. Das Recht des Eintrags im Grundbuche.

Es soll hier der Versuch gemacht werden, diejenigen Theile des Entwurfs, welche mit dem Eintrag im Grundbuch in Zusammenhang stehen, einer Bearbeitung vom Standpunkte des Verfassers zu unterwerfen. Das Recht des Eintrags scheint mir nicht in allen Beziehungen richtig behandelt zu sein. Einen Hauptgrund dafür erblicke ich darin, daß der Kommission offenbar der wissenschaftliche Begriff eines formellen Rechtes, welches neben dem materiellen Rechte hergeht und dessen Inhalt bis zu gewissem Maß in sich aufnimmt, gefehlt hat. So lange man diesen Begriff nicht auf den Eintrag zur Anwendung bringt, wird niemals Klarheit in die ganze Lehre kommen.

Eine Schwierigkeit für die Bearbeitung lag darin, daß die Grundbuchordnung, welche die Bestimmungen des Gesetzes ergänzen soll, noch nicht veröffentlicht ist. Man weiß also noch nicht, was dieselbe enthalten wird; man weiß auch nicht genau, nach welchen Grundsätzen die Scheidung der für das Hauptgesetz und für die Grundbuchordnung bestimmten Vorschriften stattfinden soll. Meiner Ansicht nach sollte diese Trennung nach dem Gesichtspunkt erfolgen, daß in das Hauptgesetz vorzugsweise die für die allgemeine Kenntniß bestimmten Rechtsvorschriften, in die Grundbuchordnung die Vorschriften, welche mehr eine instruktionelle Bedeutung für den Richter haben, aufgenommen würden. So z. B. gehören die im Entwurf öfters wiederkehrenden Bestimmungen, daß für die nähere Bezeichnung des Inhalts der das Grundeigenthum belastenden Rechte auf die Eintragsbewilligung Bezug genommen werden könne (§§. 962, 969, 1054), entschieden in die Grundbuchordnung, und sie sind deshalb in den nachstehenden Entwurf nicht mitaufgenommen.

Der erste Theil meiner Arbeit geht parallel mit dem Abschnitte 3 im Sachenrechte des Kommissionsentwurfs. Die Aufstellung dieses Abschnitts rechtfertigt sich dadurch, daß in der That eine Anzahl allgemeiner Bestimmungen über den Eintrag sich aufstellen läßt. Dabei werde ich aber nicht allein die getroffenen Aenderungen, sondern auch die Weglassungen in Vergleich mit dem Inhalte des Kommissionsentwurfs zu erläutern haben. Die weiter folgenden Abschnitte fassen aus den Titeln über Eigenthum und dingliche Rechte (Abschn. 4 Tit. 2, Abschn. 5 Tit. 7 u. 8) diejenigen Bestimmungen zusammen,

welche die Begründung der Rechte, namentlich durch den Eintrag, betreffen. Auf die Bestimmungen über den materiellen Inhalt der Rechte ist die Bearbeitung nicht ausgedehnt worden. Sollte von dieser irgend Gebrauch gemacht werden, so würde es nicht schwer sein, jene Bestimmungen ihr anzureihen. Ebenso sind das Erbbaurecht und die Berechtigungen, welche nach §. 781 ein Blatt im Grundbuch erhalten können, in der Bearbeitung weggeblieben. Auch diese in das System derselben einzureihen, würde nicht schwierig sein.

Gleich aus dem Eingange des erwähnten Abschnitts 3 fehlen in meinen Entwurfe die §§. 826, 827 und 828.

§. 826 bezeichnet die Bedeutung, die dem Eintrag prozessualisch zukommt, nicht richtig. Er besagt theils zu wenig, theils zu viel, wie ich dies bereits in meiner „Beurtheilung" (zu §§. 826 u. 929) dargelegt habe. Für das Eigenthum und für dingliche Rechte wird er in meinem Entwurfe durch die §§. 19 und 33 ersetzt.

Den §. 823 halte ich in dem, was er positiv ausspricht, für selbstverständlich. Er ist aber nicht erschöpfend. Es wird namentlich noch einer Vorschrift bedürfen, in welcher Weise das „Gesammtgut der Ehegatten" einzutragen sei. Ich unterstelle, daß die Grundbuchordnung dies bringen wird. Besondere Schwierigkeiten bietet erfahrungsmäßig auch noch die Frage, wie die in vielen deutschen Gemeinden bestehenden Rechte an der gemeinen Mark (Gemeindenutzen) bezüglich des Eintrags zu behandeln seien, eine Frage, die für den Fortbestand dieser Rechte von der größten Bedeutung ist. Da aber das Gesetzbuch diese uralten deutschen Rechte überhaupt nicht kennt, so kann man von ihm auch nicht fordern, daß es den Eintrag ordne.

Der §. 828 kann in seinem theoretischen Aufbau nur verwirrend auf die Praxis wirken. Daß zu jeder Uebertragung eines dinglichen Rechtes ein „Vertrag" nöthig ist, ist unzweifelhaft, versteht sich aber dergestalt von selbst, daß es nicht gesagt zu werden braucht. Wenn öfters davon geredet wird, daß das moderne Grundbuchsystem auf dem „Konsensprinzipe" beruht, so ist zu bemerken, daß schon so lange, als es eine Rechtswissenschaft giebt, die Uebertragung dinglicher Rechte auf dem Konsensprinzipe beruht hat. Das ist also nichts Neues. Die Vorschrift des §. 828 ist aber unpraktisch, weil der Vertrag, durch welchen das Recht begründet wird, durchaus nicht

immer beim Eintrage des Rechtes in die äußere Erscheinung tritt, und deshalb der Satz, daß zu jeder Uebertragung eines dinglichen Rechtes „ein Vertrag erforderlich“ sei, leicht beirren kann. Der Grundbesitzer, dem der Kapitalist ein Kapital in Aussicht gestellt hat, geht an das Gericht und läßt auf eigene Hand einen Hypothekenbrief ausfertigen. Auch der Eintrag eines dinglichen Rechtes soll, wenn ich den Entwurf recht verstehe, — und ich halte das auch für sachgemäß — auf den einseitigen Antrag des Eigenthümers erfolgen. Allerdings erwirbt der, zu dessen Gunsten der Eintrag erfolgt, erst Rechte daraus, wenn er die Sache annimmt. Paßt dazu aber wohl die Beschreibung, die §. 828 von dem zur Begründung dinglicher Rechte „erforderlichen Vertrage“ giebt? Soll nun aber etwa der Ton darauf liegen, daß für die Entstehung des Rechtes neben dem Vertrag auch „Eintragung in das Grundbuch“ erforderlich sei, so ist das nur in einem Sinne richtig, der mit dieser allgemeinen Aufstellung nicht getroffen wird. Dazu kommt noch die geschraubte Darstellung der Vollendung des Vertrags in Abs. 3 und der unverständliche Schlußsatz. Es ist dringend zu wünschen, daß mit diesem Paragraphen die Praxis verschont werde. (Vergl. auch meine „Beurtheilung“ zu §. 828.)

Ich lasse nun meinen Entwurf folgen.

## Allgemeine Vorschriften über die Rechte an Grundstücken.

### §. 1.

Alles Grundeigenthum soll nach den näheren Bestimmungen der Grundbuchordnung mit dem Namen des Eigenthümers im Grundbuch eingetragen werden. Das Grundbuch soll zugleich, soweit als thunlich, die auf dem Grundeigenthum haftenden dinglichen Belastungen und Verfügungsbeschränkungen enthalten. Für den Eintrag und die darauf bezüglichen Rechtsgeschäfte gelten folgende Bestimmungen.

Für diesen einleitenden Paragraphen empfinde ich gewissermaßen ein ästhetisches Bedürfniß. Er soll einen allgemeinen Ueberblick über das Grundbuchsystem geben. Es darf übrigens wohl unterstellt werden, daß die Grundbuchordnung für den Eintrag des Eigenthums das doppelte System, das reale und das personale, nach Wahl zuläßt. Das letztere ist in Ländern des zersplitterten Eigenthums ein unabweisliches Bedürfniß.

§. 2 (833).

Die Aenderung eines bestehenden Eintrags im Grundbuche kann, insofern nicht die Grundlage dafür aktenmäßig vorliegt, nur auf Bewilligung des nach dem Eintrage Berechtigten oder auf Grund richterlichen Ausspruchs erfolgen. Die Bewilligung des Berechtigten bedarf, wenn sie schriftlich ertheilt wird, der öffentlichen Beglaubigung.

Ein rechtskräftiges Urtheil, welches den Berechtigten zur Einräumung eines eintragsfähigen Rechtes verurtheilt, ersetzt dessen Eintragsbewilligung.

Hier wird das Prinzip ausgesprochen, das die gesammte freiwillige Gerichtsbarkeit beherrscht: daß der Richter nur auf völlig gesicherter Grundlage seine Akte vollziehen darf. Beispiele für den Fall, wo die Grundlage für einen Eintrag bereits aktenmäßig vorliegt, bieten §. 21 (Aenderung des Rechtes mit Eintritt eines Endtermins) und §. 38 (Erlöschen des Rechtes mit dem Tode des Berechtigten).

Daß der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit nur auf Antrag Akte vollzieht, halte ich für selbstverständlich. Wohl aber kann die Frage gestellt werden: Genügt der Antrag dessen, der den Eintrag bewilligt? Oder bedarf es des Antrags dessen, der das einzutragende Recht erwirbt? Auf diese Frage läßt sich keine allgemeine Regel geben; sie wird bei den einzelnen zum Eintrage gelangenden Rechten in Betracht zu ziehen sein. Nur sei hier (im Anschluß an die obige Ausführung zu §. 828) bemerkt, daß, wenn man auch Einträge auf den einseitigen Antrag des Bewilligenden zuläßt, damit doch dem „Konsensprinzipe" nicht zu nahe getreten wird.

Der Absatz 2 soll sich nicht auf den Fall beziehen, wo ein Urtheil die Berichtigung ꝛc. eines Eintrags ausspricht, sondern auf den Fall, wo das Urtheil die obligatorische Verpflichtung ausspricht, einen Eintrag zu bewilligen. Für die Klarhaltung des ganzen Verhältnisses lege ich den größten Werth darauf, zwischen diesen beiden Fällen scharf zu unterscheiden. Ich will sofort zwei Beispiele aufstellen. Hat Jemand ein Grundstück gekauft, so hat er einen Anspruch auf Uebertragung des Eigenthums, und diese geschieht dadurch, daß der Verkäufer mit ihm vor Gericht geht und die Eintragung bewilligt (Auflassung). Ist dagegen Jemand auf Grund eines falschen Testaments als Eigenthümer eingetragen, so hat der wahre Erbe einen Anspruch auf Berichtigung des Eintrags. Diese geschieht freilich, wenn sie freiwillig erfolgt, gleichfalls in der Weise, daß der Eingetragene mit ihm vor Gericht geht und die Eintragung bewilligt. Aber diese scheinbar gleichen Handlungen sind, ihrem innern Charakter nach, eben so verschieden, wie die Uebergabe einer Sache verschieden ist, je nachdem sie zwecks Uebertragung des Eigenthums oder in Anerkennung eines schon bestehenden Eigenthums erfolgt. Eine gleich verschiedene Natur haben nun auch Urtheile, je nachdem sie aussprechen, daß der Verklagte verpflichtet sei, dem Kläger das Eigenthum zu übertragen und demgemäß den Eintrag zu bewilligen, oder daß der Kläger bereits der wahre

Eigenthümer sei und demgemäß der Verklagte verpflichtet sei, den Eintrag berichtigen zu lassen.

Ob der §. 833 und der dort in Bezug genommene §. 779 der CPO. sich dieses Unterschieds bewußt gewesen sind, lasse ich hier dahingestellt. Ich bin aber jedenfalls darin einverstanden, daß ein Urtheil, auch wo es nur die obligatorische Pflicht zur Eintragsbewilligung ausspricht, die Bewilligung zu ersetzen geeignet ist. Ich knüpfe daran aber noch folgende Unterscheidung.

Der §. 833 Abs. 2 will auch ein nur vorläufig vollstreckbares Urtheil dieser Art eintragen lassen. Ich kann dafür bei einem blos die obligatorische Pflicht zur Eintragsbewilligung aussprechenden Urtheile kein Bedürfniß erkennen. Die ganze vorläufige Vollstreckbarkeit der Urtheile paßt recht schlecht für das Grundbuchwesen. Sie füllt nur die Bücher mit Stoff von zweifelhaftem Werth und gefährdet dadurch deren Sicherheit. Ein blos obligatorisches Recht durch einen vorläufigen Eintrag zu schützen, kann ich deshalb nur aus dem Gesichtspunkt einer berechtigten vorläufigen Maßregel für gerechtfertigt halten. Anders bei einem Urtheile, das auf Grund eines schon bestehenden dinglichen Rechtes auf Aenderung eines Eintrags erkennt. Hier muß auch schon ein vorläufig vollstreckbares Urtheil zu einer Vormerkung berechtigen (§. 14 Abs. 2).

§. 3 (829).

Für die Uebertragung des Grundeigenthums oder die Bestellung dinglicher Rechte daran ist die Angabe des Rechtsgrunds des Geschäfts nicht erforderlich. Das Recht wird begründet unabhängig davon, ob der Rechtsgrund zu Recht besteht; vorbehaltlich der Anfechtbarkeit des Rechtsübergangs wegen Mängel des Rechtsgrunds.

§. 4 (830).

Ein von einem Nichtberechtigten bewilligter Eintrag erlangt Gültigkeit, auch wenn erst nachträglich der Berechtigte ihn genehmigt, oder wenn der Berechtigte in die Lage kommt, das eingetragene Recht gewähren zu müssen.

§. 5 (831).

Ein Eintrag kann nicht deshalb angefochten werden, weil der, welcher ihn bewilligt hat, nach dieser Bewilligung, sei es auch noch vor erfolgtem Eintrag, in der Verfügung über das eingetragene Recht beschränkt worden ist.

§. 6 (832).

Ein Eintrag kann nicht als auf Scheingeschäft beruhend zum Nachtheile Dritter angefochten werden.

9*

Auf diesen Satz dürfte sich das, was in §. 832 berechtigt ist, beschränken. Nicht zum Nachtheile Dritter darf geltend gemacht werden, daß ein vollzogener Eintrag im Sinne des Handelnden gar nicht habe gelten sollen. Dagegen bildet der Eintrag nicht ein so unantastbares Geschäft, daß nicht Dritte, zu deren Nachtheile derselbe blos zum Scheine vollzogen ist, dies nicht sollten geltend machen dürfen. Was die Motive (S. 195) darüber enthalten, scheint mir wenig klar zu sein.

§. 7 (834).

Die §§. 3 bis 11 finden auch bei Verzichtleistungen auf Rechte und bei Löschung von Einträgen Anwendung.

Dieser Paragraph ist dem §. 834 entsprechend hier beibehalten, obgleich er vielleicht als selbstverständlich sich hätte entbehren lassen.

§. 8.

Ist der eingetragene Eigenthümer oder anderweit Berechtigte verstorben, so kann der nachgewiesene Erbe oder sonstige Rechtsnachfolger die Ueberschreibung des Rechtes — insofern dasselbe nicht mit dem Tode des Berechtigten erloschen ist — auf seinen Namen beantragen.

Der Rechtsnachfolger tritt jedoch, noch ehe er die Ueberschreibung erwirkt hat, in die Rechte und Pflichten des Eingetragenen ein, soweit nicht eine Ausnahme gesetzlich bestimmt ist.

Der Absatz 2 wird namentlich deshalb nöthig, damit nicht der Erbe durch Unterlassung, den Eintrag zu erwirken, sich den damit verbundenen Pflichten entziehen kann. Aber auch die Rechte des Eintrags soll er ausüben können; wonach er namentlich auch das Eigenthum auf einen andern übertragen kann, ohne selbst den Eintrag erwirkt zu haben (§. 869). Bei dem Schlußsatze: „soweit nicht eine Ausnahme rc." ist namentlich an den §. 24 des Hypothekenrechts (s. unten) gedacht.

§. 9 (847).

Wider den Anspruch aus einem eingetragenen oder vorgemerkten Rechte findet die Einrede der Verjährung nicht statt. Diese Vorschrift findet jedoch keine Anwendung bei Ansprüchen auf Schadensersatz oder auf Rückstände wiederkehrender Leistungen.

§. 10 (840).

Unter mehreren des Eintrags bedürftigen Rechten geht — so weit nicht das Grundbuch ein anderes Rangverhältniß ergiebt — das dem Datum nach früher eingetragene dem später eingetragenen vor. Unter demselben Datum eingetragene Rechte haben gleichen

Rang, wenn nicht in anderer Weise feststeht, welches das früher eingetragene ist.

## §. 11 (841).

Bewilligt ein früher eingetragener Berechtigter einem später eingetragenen den Vorrang, so rückt dieser, soweit die beiderseitigen Berechtigungen sich decken, an die Stelle des früher eingetragenen ein. Die Aenderung des Ranges ist bei beiden Berechtigungen im Grundbuch anzumerken. Die Stellung und die Rechte anderer eingetragenen Berechtigten bleiben von der Aenderung unberührt.

Der §. 841 behandelt das für den Kredit so bedeutungsvolle Institut der Nachstandserklärung. Er legt demselben aber große Schranken auf, indem er für die Zulassung einer solchen Erklärung „einen Vertrag", nicht allein zwischen den unmittelbar Betheiligten, sondern auch mit dem Eigenthümer und sämmtlichen Zwischenberechtigten fordert. Dadurch wird die praktische Anwendung dieses Instituts sehr gestört werden, und es fragt sich, ob denn wirklich ein Interesse besteht, den gedachten Personen ein Widerspruchsrecht zu gewähren. Die Motive (S. 230) sagen, daß die Interessen derselben durch den Austausch des Ranges in hohem Maße gefährdet werden können; aber sie unterlassen eine nähere Ausführung dieses Ausspruchs. Ich vermag eine solche Gefährdung nicht zu erkennen. Auch in den bevorzugten Rechten, die bei der Zwangsversteigerung der frühere Gläubiger vor dem späteren übt, dürfte ein solches Interesse nicht zu finden sein. Man muß nur bedenken, daß ja jeder Gläubiger das Recht hat, seine Forderung beliebig zu cediren, und daß deshalb das Vertrauen, welches vielleicht der Eigenthümer oder ein nacheingetragener Gläubiger in die Person eines Voreingetragenen setzt, von vorn herein keinen sicheren Stand hat. Für den Eigenthümer hat überdies die ganze Frage deshalb weniger Bedeutung, weil in der großen Mehrzahl der Fälle er selbst die Nachstandserklärung vermitteln wird, seine Zustimmung also ohnehin vorhanden ist. Wenn die Motive sagen: die Zwischenberechtigten haben bei der Frage ein Interesse, weil sie ja möglicher Weise das zurücktretende Recht anfechten könnten, das vortretende aber nicht, so erwidere ich darauf: der Zwischenberechtigte muß vorbehalten sein, auch das vortretende Recht vom Standpunkte, daß das zurücktretende anfechtbar gewesen wäre, anzufechten. Deshalb ist oben gesagt, daß Stellung und Rechte der übrigen Berechtigten unberührt bleiben. Ein Fall dieser Art wird übrigens selten vorkommen.

Nach dem allen kann ich nicht dafür mich erklären, die Nachstandserklärung an so erschwerende Voraussetzungen zu knüpfen, wie der Entwurf es will. Die obige Fassung des §. 11 schließt auch die Annahme einer blos obligatorischen Verpflichtung der Betheiligten aus.

(Der §. 892 des Entwurfs ist hier übergangen und in das Hypothekenrecht aufgenommen.)

§. 12 (843).

Besteht ein Eintrag unrechtmäßig, so kann der dadurch in seinem Rechte Beeinträchtigte von dem, auf welchen der Eintrag lautet, verlangen, daß er in die Berichtigung oder Löschung des Eintrags willige. Desgleichen kann, wenn ein Eintrag unrechtmäßig unterlassen oder gelöscht ist, der auf den Eintrag Berechtigte von dem, welcher den Eintrag zu bewilligen hat, verlangen, daß er zur Bewirkung oder Wiederherstellung des Eintrags die Einwilligung ertheile.

Die Kosten der Eintragsänderung hat der Berechtigte zu tragen, sofern nicht das zwischen ihm und dem Verpflichteten obwaltende Rechtsverhältniß ein Anderes ergiebt.

Der Anspruch auf Eintragsänderung unterliegt keiner Verjährung, so lange nicht das Recht selbst, auf welches der Eintrag sich bezieht, in seinen daran geknüpften sachlichen Ansprüchen von der Verjährung betroffen ist.

Der §. 843 des Gesetzbuchs hat das Verdienst, daß er deutlich erkennen läßt, wie bei dem Systeme des Eintrags zwei Rechtselemente eine Rolle spielen; Rechtselemente, die regelmäßig zusammen fallen, die aber auch in Gegensatz zu einander treten können, woraus sich dann ein Zwiespalt zwischen beiden entwickelt. Der §. 843 bezeichnet diese Elemente als „Inhalt des Grundbuchs" und „die wirkliche Rechtslage". Der Inhalt des Grundbuchs ist offenbar der Eintrag. Was aber ist die „wirkliche Rechtslage", zu deren Gunsten unter Umständen eine Aenderung des Eintrags erfolgen soll? In denjenigen Fällen, in welchen unzweifelhaft das „Eigenthum" an Grundstücken unabhängig vom Eintrag erworben wird (also bei dem Erwerbe durch Erbgang, Enteignung, richterlichen Zuschlag, Theilungsurtheil u. s. w.), wird man wohl nicht zweifeln, daß die „wirkliche Rechtslage", von welcher aus der Eintrag angefochten werden kann, in dem durch jene Rechtsakte erworbenen Eigenthum enthalten ist. Und vielleicht finde ich auch ohne Schwierigkeit Verständniß, wenn ich sage: durch jene Rechtsakte wird das Eigenthum materiell erworben; diesem materiellen Rechte fügt aber der Eintrag noch ein formelles Recht hinzu, kraft dessen der Eingetragene nach außen hin ohne Weiteres als Eigenthümer gilt. Ist nun bei Ertheilung des formellen Rechtes eine Irrung eingetreten, so ist dasselbe vom Standpunkte des materiellen Rechtes aus anfechtbar. Das ist der Widerspruch der wirklichen Rechtslage mit dem Inhalte des Grundbuchs.

Wie aber ist es bei dem Erwerbe durch freiwillige Veräußerung? Ist hier ein Gegensatz von Erwerb und Eintrag, von materiellem und formellem Rechte nicht denkbar? Wie begrenzt sich denn hier die „wirkliche Rechtslage", welche den Inhalt des Grundbuchs anzufechten berechtigt?

Ich stelle folgende Fälle auf:

A. läßt sein Grundstück dem B. auf. Der Richter trägt es aus Versehen auf den Namen des C. ein.

Zweiter Fall. A. verkauft und übergiebt sein Grundstück an B. Am folgenden Tag ertheilt er an C., welcher von dem Verkauf an B. weiß, die Auflassung, und der Richter trägt das Grundstück auf den Namen des C. ein.

Dritter Fall. A. ertheilt dem B. die Auflassung. Ehe noch der Richter den B. eingetragen hat, ertheilt A. an C., der von der zuvor dem B. ertheilten Auflassung weiß, eine zweite Auflassung, und der Richter trägt auf Grund dieser letzteren das Grundstück auf den Namen des C. ein.

In jedem dieser Fälle stellt sich nun die Frage: kann wegen „Widerspruchs mit der wirklichen Rechtslage" B. gegen C. auf „Bewilligung der Eintragung" oder, wie ich sagen würde, auf Berichtigung des Eintrags Klage erheben?

Sicherlich würde eine jede solche Klage doch ein bereits an dem Grundstück erlangtes dingliches Recht voraussetzen. Denn wie sollte sonst B. dazu gelangen können, wider C., mit welchem er in gar keinem obligatorischen Verhältnisse steht, eine Klage zu erheben? Am unbedenklichsten wird man wohl sein, die Klage in dem ersten Falle zu gestatten. Sagt man aber mit §. 828: zur Uebertragung eines dinglichen Rechtes gehört nicht allein ein Vertrag der Betheiligten, sondern auch „Eintragung im Grundbuche", so hat auch in dem ersten Falle B. durch die bloße Auflassung kein dingliches Recht erworben. Kraft welchen Rechtes kann er nun gegen C. klagen?

In dem zweiten Falle wird man gewiß nicht geneigt sein, dem B. eine Klage wider C. zu gestatten. Warum aber nicht? Ein obligatorisches Recht auf „Bewilligung der Eintragung" hat doch auch er unzweifelhaft aus dem abgeschlossenen Kauf erworben. Wenn also ein solches in dem ersten Fall ausreichte, warum nicht auch in dem zweiten?

Bei dem dritten Falle wird man vielleicht am zweifelhaftesten sein. Ehe ich darüber mich ausspreche, will ich darzulegen suchen, wie ich die Sache auffasse.

Wir müssen auch bei der freiwilligen Veräußerung nothwendig ein Moment fixiren, mit welchem materiell das Eigenthum ebenso erworben wird, wie bei den übrigen Erwerbsarten durch Beerbung, Zuschlag ꝛc. Dieses Moment ist verständiger Weise nicht in den Eintrag, sondern in die Auflassung zu legen. Diese ist der eigentliche Rechtsakt, der zwischen den Parteien das Eigenthum materiell überträgt, welchem Erwerb dann der Eintrag das formelle Recht hinzufügt, ganz wie bei den übrigen Erwerbsarten. Demgemäß entscheide ich nicht allein den ersten, sondern auch den dritten Fall dahin, daß B. wider C. auf Berichtigung des Eintrags klagen kann.

Während in dem zweiten Fall B. durch den Kauf nur ein obligatorisches Recht auf Uebertragung des Eigenthums erlangt hatte, hat in dem dritten Falle B. durch die mit A. vollzogene Auflassung materiell das Eigenthum erworben. Hätte nun C. von A., auf welchen noch der Eintrag lautete, bona fide die Auflassung erhalten, so würde er allerdings durch den erlangten Eintrag Eigenthümer geworden sein. Da er aber um die Auflassung an B. wußte, so unterliegt er

dessen Klage aus dem materiellen Eigenthume (§. 24). Ich nenne übrigens diese Klage, wie bereits bemerkt, nicht Klage auf „Bewilligung der Eintragung", sondern Klage auf „Berichtigung" oder (im weiteren Umfange gedacht) auf „Aenderung des Eintrags". Eine Klage auf „Bewilligung des Eintrags" (d. h. auf Vollziehung der Auflassung) hat in dem oben gedachten zweiten Falle B. aus seinem Kauf, aber nicht wider C., sondern nur wider A. Dagegen ist in den Fällen 1 und 3 die Klage des B. wider C. eine dingliche Klage, die nur darin eine Schranke findet, daß sie gegen einen neuen bona fide-Erwerber nicht wirkt, dann sich aber in eine Entschädigungsklage wider den Veräußerer (§. 25) umsetzt.

Was hiernach dem Entwurf zum Vorwurf gereicht, besteht darin, daß er diese Verhältnisse nicht genügend klargestellt hat. Vergeblich wird sich die Praxis bemühen, auf Grund des §. 843 (des einzigen, welcher diesen Stoff behandelt) darüber klar zu werden, was bei der freiwilligen Veräußerung die wirkliche Rechtslage sei.[6])

Der obige §. 12 will die Lehre nicht erschöpfen, sondern nur vorbereiten. Es bedarf zu dessen Ergänzung einer genaueren Feststellung, wie die einzelnen Rechte, ehe sie zum Eintrage gelangen, materiell begründet werden. Diese findet sich in den folgenden Abschnitten.

Für den Abs. 3 des oben entworfenen Paragraphen kann ich auf meine „Beurtheilung" zu §. 843 Bezug nehmen. Dort ist die Frage nur in Beziehung auf Berichtigung des Eigenthumseintrags besprochen. Sie hat aber eine allgemeinere Natur. Sie kommt auch in Betracht, wenn bei einer Hypothek ein unrichtiger Gläubiger eingetragen ist. In dieser Allgemeinheit ist nun der Grundsatz schwer zu formuliren, und ich gebe zu, daß die obige Formulirung vielleicht an Klarheit des Gedankens zu wünschen übrig läßt. Dafür aber, daß der Gedanke überhaupt zum Ausdrucke komme, muß ich entschieden eintreten.

## §. 13.

Die erhobene Klage auf Berichtigung eines Eintrags berechtigt ohne Weiteres, eine Vormerkung des Anspruchs im Grundbuche zu beantragen.

Für diesen Satz nehme ich auf meine „Beurtheilung" zu §. 845 Abs. 2 Bezug.

## §. 14 (846).

Das auf Aenderung eines Eintrags lautende Urtheil ist auf Antrag des Berechtigten vom Grundbuchamte zu vollziehen.

Ist das Urtheil nur vorläufig vollstreckbar, so kann der Berechtigte eine Vormerkung seines Rechtes beantragen.

---

[6]) Die Verwirrung in dieser Lehre ist dadurch herbeigeführt, daß man bei dem ersten Entwurf der preuß. Grundbuchgesetze keine Vorstellung davon hatte, daß die Auflassung ein Rechtsgeschäft sei, auch gar nicht an die Möglichkeit dachte, daß zwischen sie und den Eintrag sich etwas dazwischen legen könne. Unter diesen Irrungen leiden wir noch heute.

Abweichend von dem bei §. 2 erörterten Falle halte ich hier auch ein nur vorläufig vollstreckbares Urtheil für ausreichend, um zu einer Vormerkung zu berechtigen. Ich nehme Bezug auf das bei §. 2 Bemerkte.

## §. 15 (844).

Ein Recht, dessen Eintrag zur Zeit noch nicht endgültig erfolgen kann, kann durch Eintrag einer Vormerkung im Grundbuche gesichert werden.

Bezüglich der Vormerkungen theile ich ganz die im Entwurfe (vergl. Motive S. 239 flg.) vertretene Ansicht, daß dieselben nur zum Schutze dinglicher, mithin eintragsfähiger Rechte, die aber zum wirklichen Eintrage noch nicht reif sind, zu dienen haben. Bloße obligatorische Ansprüche, die zur Bewilligung eines Eintrags führen können, eignen sich nicht zur Vormerkung, sondern nur nach Umständen zu einer Verfügungsbeschränkung (Arrestanlage). Wenn der §. 8 des preußischen Eigenthumsgesetzes sagt: „Eine Vormerkung zur Erhaltung des Rechtes auf Auflassung oder auf Eintragung des Eigenthumsübergangs" ꝛc., so ist darunter vielleicht das Richtige verstanden; die Aeußerung kann aber auch auf einer ungenügenden Unterscheidung zwischen dinglichem und obligatorischem Rechte beruhen. Geht man von der Ansicht des Entwurfs aus, so ergiebt sich auch daraus wieder die Nothwendigkeit, den Anspruch auf „Eintragsbewilligung" und auf „Eintragsänderung" streng auseinanderzuhalten, was der Entwurf im Uebrigen nicht thut.

## §. 16 (845).

Der Eintrag einer Vormerkung erfolgt da, wo die Sachlage zu einer solchen ohne Weiteres berechtigt, auf Antrag desjenigen, zu dessen Gunsten sie dienen soll.

Im Uebrigen erfolgt dieselbe — insofern nicht derjenige, gegen dessen Recht sie gerichtet ist, selbst sie bewilligt — auf Anordnung des Gerichts.

Das Gericht hat den Eintrag einer Vormerkung anzuordnen, wenn die Thatsachen, welche das bestrittene Recht begründen, glaubhaft gemacht sind. Das Verfahren richtet sich nach den Vorschriften über den Erlaß einstweiliger Verfügungen; jedoch bedarf es keiner besonderen Darlegung einer Gefährdung des bestrittenen Rechtes. Das Gericht hat das Grundbuchamt um Eintragung der Vormerkung zu ersuchen.

Fälle, in welchen „ohne Weiteres" das Recht auf eine Vormerkung begründet ist, ergeben die §§. 13, 14, 21, 38. Hier hat also das Grundbuchamt auf aktenmäßige Nachweisung der Voraussetzungen ohne Mitwirkung des Prozeßrichters die Vormerkung einzutragen.

§. 17 (846).

Wird durch gerichtliche Anordnung eine sachliche Verfügungsbeschränkung auf Grundeigenthum oder eingetragene Rechte gelegt, so hat das Gericht das Grundbuchamt um Eintragung zu ersuchen.

§. 18.

Durch den Eintrag der Vormerkung oder der Verfügungsbeschränkung bleibt das derselben zu Grunde liegende Recht auch Dritten gegenüber, welche Rechte an dem Grundstück erwerben, gewahrt.

Am Schlusse dieses Abschnitts muß noch Einiges über die von mir übergangenen Paragraphen gesagt werden.

Der §. 835 ist weggeblieben, weil ich denselben in dieser Allgemeinheit nicht für richtig halte. Das Wahre desselben beschränkt sich darauf, daß bei Vereinigung von Eigenthum und dinglichen Rechten diese Rechte unter Umständen noch als fortwirkend angesehen werden, wozu der fortbestehende Eintrag die Handhabe bietet. Diese Verhältnisse bedürfen aber der besonderen Darstellung. Der allgemeine, paradox klingende Satz ist nur geeignet, das juristische Denken zu verwirren.

§. 836 wird in dem Abschnitt über dingliche Rechte Aufnahme finden.

Die §§. 837—839 stellen das wichtigste Prinzip des ganzen Grundbuchswesens dar. Es entsteht nur hier, ebenso wie bei den §§. 828 und 843, die Frage, ob es wohlgethan ist, das Prinzip in dieser Allgemeinheit hinzustellen, oder ob es sich nicht mehr empfiehlt, dasselbe bei den einzelnen Lehren auszubauen. Ich entscheide mich für das letztere und werde die nöthigen Vorschriften bei den einzelnen Lehren bringen. Die Sätze des Entwurfs scheinen mir zu abstrakt, als daß sie eine sichere Grundlage für die Anwendung gäben. Ich will nur einen Fall hier erörtern. A. kauft von B. ein Grundstück. Später findet sich, daß zu Gunsten dieses Grundstücks eine Dienstbarkeit auf dem Grundstücke des Z. eingetragen ist, jedoch irrthümlich. Hat nun gleichwohl A. die Dienstbarkeit für sein Grundstück in unanfechtbarer Weise erworben? Nach dem Wortlaute des §. 837 wäre dies zu bejahen. Der (falsche) Eintrag auf dem Grundstücke des Z. bildet einen Theil des „Inhalts des Grundbuchs“. Gleichwohl ist,

wie ich glaube, die Frage zu verneinen. Die Einzeichnungen auf dem Grundstücke des Z. bildeten nicht die Grundlage, auf welcher A. erwarb. Diese Grundlage bildete nur das Grundbuchblatt, auf welchem das Eigenthum des B. eingetragen war. Darauf stand aber nichts von der Dienstbarkeit. A. hat deshalb vielleicht von deren Eintrage nicht die geringste Ahnung gehabt. Wie sollte da sein unbewußter Erwerb auf den guten Glauben des Grundbuchs sich stützen können?

Anscheinend ist es auch nur eine unrichtig gezogene Konsequenz aus dem Prinzipe des §. 837, daß der Entwurf den Bestand der Forderung bei der Hypothek unter dieselben Prinzipien zwängen will (§. 1083).

Daß der §. 837 auch darin fehl geht, daß er den unentgeltlichen Erwerb als Grundlage für die Anfechtbarkeit in dritter Hand ausschließt, ist bereits in der „Beurtheilung" von mir dargelegt und seitdem noch von vielen anderen Schriftstellern gerügt worden. Ebenso beziehe ich mich für die Unvollständigkeit des §. 839 auf das in der „Beurtheilung" Gesagte.

Es folgt nun der weitere Entwurf.

## Erwerb und Eintrag des Eigenthums.

### §. 19 (868).

Zwecks freiwilliger Veräußerung kann eingetragenes Grundeigenthum nur durch gerichtlichen Vertrag (Auflassung) übertragen werden.

Die Auflassung muß persönlich, von den Vertragschließenden selbst oder durch Bevollmächtigte, vor dem über das Grundstück zuständigen Grundbuchamt erklärt werden.

Beide Parteien können ein und dieselbe Person, auch der eine Vertragschließende den anderen zur Erklärung der Auflassung bevollmächtigen.

Hier wird bestimmt ausgesprochen, daß die Auflassung der dingliche Vertrag ist, durch welchen das Eigenthum materiell übertragen wird; worauf dann der Richter durch den Eintrag das formelle Recht hinzufügt.

Der Absatz 3 will eine Frage entscheiden, die jedenfalls, wenn nicht die schlimmsten Zweifel entstehen sollen, entschieden werden muß. Nach der Anmerkung zu §. 328 soll dieselbe erst in der Grundbuchordnung entschieden werden, jedoch im entgegengesetzten Sinne. Durch die von mir vorgeschlagene Zulassung des nämlichen

Bevollmächtigten würde aber der Geschäftsgang sehr erleichtert werden, und die Sache trägt auch keine Gefahren in sich. Ich rede in dieser Beziehung aus Erfahrung. In Kurhessen, wo schon vor Einführung der preußischen Grundbuchgesetze die gerichtliche Auflassung seit 140 Jahren bestand, war die Vertretung beider Theile durch einen Bevollmächtigten gestattet, „insofern nicht das Gericht das persönliche Vortreten eines Kontrahenten zur Erläuterung ꝛc. des zu Protokoll gegebenen Vertrags für dienlich erachtet.“ Es ist mir nicht erinnerlich, daß jemals Nachtheile daraus entstanden wären. Jedenfalls entscheide man die Frage im Gesetze, damit keine Irrungen entstehen.

Daß der Erbe, ohne selbst eingetragen zu sein, die Auflassung ertheilen könne (§. 869), ergiebt sich schon aus §. 8 Abs. 2.

## §. 20.

Auf Grund der rechtsgültig vollzogenen Auflassung wird der Erwerber als Eigenthümer in das Grundbuch eingetragen.

Durch die Auflassung erhält das zu Grunde liegende Rechtsgeschäft, auch wenn es in nicht rechtsgenügender Form abgeschlossen ist, Gültigkeit.

Der Absatz 2 entspricht der Bestimmung in dem preußischen Eigenthumsgesetze §. 10. Diese Bestimmung wird nothwendig, weil sonst dem Verkäufer, der den Kaufvertrag nicht in der Form des §. 351 (die hoffentlich auf das bloße Erforderniß der Schriftlichkeit herabgemindert werden wird) abgeschlossen, dann aber das Grundstück aufgelassen hat, jede Grundlage für Einklagung des vereinbarten Kaufpreises fehlen würde.

Die Bedeutung, welche hier der Auflassung beigelegt wird, trägt übrigens auch noch die weitere Folge naturgemäß in sich, daß bei einem Veräußerungsgeschäfte der Uebergang der Gefahr auf den Erwerber nicht, wie §. 463 Abs. 2 will, an den Eintrag, sondern an den durch die Auflassung bewirkten Eigenthumsübergang zu knüpfen ist. (S. meine „Beurtheilung“ zu §. 463 Abs. 2.)

## §. 21 (870, 871).

Wird durch die Auflassung Eigenthum unter einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung oder mit Anfangs- oder Endtermin übertragen, so ist der Anfall oder Rückfall des Eigenthums durch Vormerkung zu sichern.

Nach Eintritt des festgesetzten Termins wird auf Antrag des Berechtigten die Ueberschreibung des Eigenthums ohne Weiteres vollzogen. Der Eintritt der Bedingung bedarf, wenn die Ueberschreibung beantragt wird, der Feststellung durch Anerkennung der Betheiligten oder durch rechtskräftiges Urtheil.

Der Entwurf lehnt eine Uebertragung des Eigenthums unter aufschiebender Bedingung und mit Anfangstermin ab, läßt sie aber mit auflösender Bedingung

und Endtermin zu. Völlig inkonsequent. Denn die aufschiebende Bedingung verhält sich zu dem bestehenden Eintrage genau so, wie die auflösende zu dem erst noch zu bewirkenden. Und wenn die letztere zulässig ist, so ist nicht abzusehen, warum die erstere nicht auch zugelassen werden könnte.

Allerdings sind solche verwickelte Geschäfte für den Buchverkehr nicht erwünscht Aber die Zulassung derselben wird doch geboten durch das unter Umständen obwaltende Interesse, sich das Eigenthum mit dinglicher Wirksamkeit schon im Voraus zu sichern. Was steht vernünftiger Weise entgegen, wenn jemand heute, am 1. Juni, einen Vertrag abschließen will, wonach das Eigenthum eines Hauses vom 1. Januar k. J. an auf ihn übergehen soll? Ist ein solcher Vertrag unter Umständen ein wirthschaftliches Bedürfniß, so muß das Recht auch die Form gewähren, wonach er abgeschlossen werden kann. Dazu giebt es aber kein anderes Mittel, als eine Auflassung, die das Recht bedingungsweise oder befristet überträgt. Das ist keine „bedingte Willenserklärung", sondern eine unbedingte, aber mit bedingter oder befristeter Wirksamkeit.

Von diesem Gesichtspunkt aus ist der obige §. 27 entworfen worden. Bei der Seltenheit, in welcher voraussichtlich Fälle dieser Art vorkommen werden, halte ich es nicht für geboten, die einzelnen an ein solches Verhältniß sich knüpfenden Folgen im Wege des Gesetzes ausführlich zu ordnen.

## §. 22.

Dem als Eigenthümer im Grundbuch Eingetragenen (Bucheigenthümer) stehen alle Klagen des Eigenthümers zu. Er vertritt die Pflichten und Lasten des Eigenthums. Er allein ist berechtigt, über das Grundstück mit der Wirkung des Eintrags zu verfügen.

Hier sind die an das formelle Eigenthum, welches der Eintrag gewährt, sich knüpfenden Rechte zu präzisiren gesucht. Die aktive und passive Legitimation des Eingetragenen für alle an das Eigenthum geknüpften Klagen ist in gleicher Weise auch in dem preußischen Eigenthumsgesetze §. 7 ausgesprochen. Dieselbe tritt an die Stelle der schwächlichen Präsumtion, welche der §. 826 des Entwurfs anordnet.

## §. 23.

Wird von dem, welchem der Eigenthumseintrag gebührt, wider den Bucheigenthümer Klage auf Eintragsberichtigung erhoben (§. 12), so kann mit derselben nach Befinden die Klage auf Einräumung des Besitzes, Herausgabe von Früchten, Befreiung von Belastungen u. s. w. verbunden werden.

Die Klage auf Eintragsberichtigung ist die Klage aus dem materiellen Eigenthume, gerichtet gegen den formellen Eigenthümer. Sie kann möglicher Weise nur darauf abzielen, einen irrigen Eintrag richtig zu stellen. Sie kann aber auch gegen denjenigen gerichtet sein, der bisher auch die materiellen Rechte des Eigenthums ausgeübt hat, also namentlich im Besitze der Sache ist. Dann tritt ihre Bedeutung als Eigenthumsklage klar hervor. In diesem Sinn ist oben gesagt, daß alle

Ansprüche der Eigenthumsklage mit ihr verbunden werden können. Der Ausspruch hierüber hat die materielle Bedeutung, daß nicht etwa erst der Eintrag berichtigt werden müßte und dann erst die an das Eigenthum sich knüpfenden materiellen Ansprüche klagbar gemacht werden könnten; daß vielmehr beide Ansprüche sofort verbunden werden dürfen.

Man wird vielleicht die Frage erheben, ob denn der materielle Eigenthümer nicht über sein Recht verfügen könne? Allerdings kann er das, in der Form der Cession der Klage auf Eintragsberichtigung.

§. 24 (837).

Rechte, welche Dritte von dem unrechtmäßig Eingetragenen erworben haben, bleiben in Kraft.

Ausnahmsweise steht dem auf den Eintrag Berechtigten die Verfolgung seines Rechtes auch gegen Dritte zu:

1. wenn der unrechtmäßig Eingetragene selbst das Recht des Dritten anfechten konnte;
2. wenn der Dritte bei seinem Erwerbe den Mangel des Rechtes des Eingetragenen kannte;
3. wenn der Dritte ohne Entgelt erworben hat.

Hier und in dem folgenden §. 25 tritt zuerst das Prinzip in Geltung, das bereits oben bei Besprechung des §. 837 erörtert ist. Für die materiellen Abweichungen des hier formulirten Paragraphen von den Bestimmungen des Kommissionsentwurfs nehme ich auf meine „Beurtheilung" Bezug.

Bei Zufügung der Nr. 1 habe ich vor allem den Fall im Sinne, daß die Uebertragung des Eigenthums an den Dritten nur simulirt ist. Dieser Fall rechtfertigt auch die oben bei §. 6 von mir vertretene abweichende Ansicht.

§. 25 (839).

Ist der unrechtmäßig Eingetragene wegen der an Dritte veräußerten Rechte außer Stande, das Eigenthum zu gewähren oder von Belastungen zu befreien, so tritt an die Stelle des in §. 24 gedachten Anspruchs ein Ersatzanspruch wider den Veräußerer, und zwar, wenn dieser in gutem Glauben handelte, auf das, was er durch die Veräußerung erworben hat, wenn er in bösem Glauben handelte, auf den vollen Werth des Veräußerten.

Aus dem Umstande, daß der Kläger nach §. 24 in der Lage sei, eine Anfechtungsklage wider den dritten Erwerber zu richten, kann der Verklagte einen Einwand nicht entnehmen.

§. 26.

Wider die Klage des Bucheigenthümers auf Einräumung des Besitzes kann der Anspruch auf Eintragsberichtigung, desgleichen

ein persönlicher Anspruch auf Uebertragung des Eigenthums einredeweise nur in Verbindung mit einer entsprechenden Widerklage geltend gemacht werden.

Die Vorschrift entspricht im Wesentlichen der Bestimmung in §. 7 Abs. 2 des preuß. Eigenthumsgesetzes. Sie rechtfertigt sich dadurch, daß man von dem, welcher in einem dem Rechte des Eintrags zuwiderlaufenden Zustande geschützt sein will, auch verlangen kann, daß er alsbald das Nöthige thue, um den Eintrag mit seinem Recht in Einklang zu bringen. Sie ist in diesem Sinn eine Vorschrift im Interesse der öffentlichen Ordnung. — Die Motive (S. 422) lehnen ausdrücklich den Standpunkt des preußischen Rechtes ab. Was sie sagen, ist mir aber nicht verständlich. Es scheint darauf zu beruhen, daß man den legislativen Gedanken des preußischen Gesetzes nicht erkannt hat. Jedenfalls ist die getroffene Entscheidung unpraktisch, da sie zu einer bleibenden Trennung des Besitzes von dem Eintrage führt; ein entschiedener Mißstand, der nur zu Rechtsverwickelungen führt.

## §. 27 (872).

Das Eigenthum an einem Grundstück erlischt, wenn der Eigenthümer vor dem Grundbuchamte die Erklärung abgiebt, sein Eigenthum aufgeben zu wollen. Die Erklärung ist im Grundbuch einzutragen.

Derjenige, welcher den Landesgesetzen entsprechend das Grundstück sich angeeignet hat, ist berechtigt, den Eintrag auf seinen Namen zu beantragen.

Sollen an dem Grundstück, ehe ein neuer Eigenthümer eingetragen ist, Rechte anderer geltend gemacht werden, so hat auf deren Antrag der Vorsitzende des Prozeßgerichts und für Maßregeln der Zwangsvollstreckung das Vollstreckungsgericht einen Vertreter zu bestellen, welchem bis zur Eintragung des neuen Eigenthümers die Wahrnehmung der Rechte und Pflichten des Eigenthümers obliegt. Die Kosten der Vertretung hat der Antragsteller zu tragen, vorbehaltlich des Ersatzes derselben aus dem Werthe des Grundstücks.

Dieser Paragraph entspricht in allem Wesentlichen dem §. 872. Ich bedaure, daß der Entwurf die Frage, wer herrenlos gewordenes Grundeigenthum sich aneignen darf, nicht selbstständig geordnet hat. Mir selbst fehlt das Material, um Vorschläge in dieser Beziehung zu machen. Sehr wichtig ist freilich die ganze Frage nicht.

## §. 28 (873).

Ist der eingetragene Eigenthümer seit länger als 10 Jahren verstorben, ohne daß ein Rechtsnachfolger den Eintrag erwirkt hat, so kann der Eigenbesitzer des Grundstücks zwecks Erlangung

des Eintrags ein Aufgebotsverfahren wider die Erben oder sonst auf das Eigenthum Berechtigten beantragen.

Zuständig für das Verfahren ist das Amtsgericht, in dessen Bezirke das Grundstück gelegen ist.

Der Antragsteller hat die seinen Antrag bedingenden Thatsachen urkundlich nachzuweisen. Soweit dies nach der Natur der Verhältnisse unthunlich ist, sind die Thatsachen mindestens glaubhaft zu machen.

Der Antragsteller hat insbesondere eine Bescheinigung der Ortsbehörde von dem letzten Wohnorte des Eingetragenen darüber beizubringen, welche Personen als Erben desselben bekannt, oder daß die Erben ihrer Person oder ihrem Aufenthaltsorte nach unbekannt seien. Werden Erben als bekannt bezeichnet, so müssen neben der öffentlichen Ladung aller, welche auf das Eigenthum Anspruch machen, diese Erben noch besonders geladen werden.

Meldet sich niemand, der Anspruch auf das Eigenthum erhebt, so wird die Eintragung des Antragstellers durch Urtheil angeordnet und vom Grundbuchamte vollzogen.

Das Ergebniß kann nachträglich von einem Besserberechtigten nur angefochten werden, wenn der Antragsteller arglistig verfahren hat.

§. 28 weicht von §. 873 in mehrfacher Beziehung ab. Zunächst wird als Frist, bis zu welcher nach dem Tode des Eingetragenen mit dem Zuschreibungsverfahren gewartet werden muß, nur der Ablauf von 10 Jahren gefordert. Es ist dies bereits von mir in der „Beurtheilung" näher begründet. Sodann wird nicht der Nachweis gefordert, daß der Antragsteller das Grundstück die ganze Zeit über seit dem Tode des Eingetragenen besessen habe, sondern nur, daß er jetzt es besitze. Es handelt sich nicht um eine Art Erwerb durch Verjährung, sondern darum, ein von den Erben gewissermaßen aufgegebenes Grundstück wieder unter einen Herrn zu bringen. Das kann aber, insofern nicht ein Anderer ein besseres Recht nachweist, nur der Besitzer sein, da er als solcher im Zweifel jedem Anderen vorgeht. Endlich wird verlangt, daß neben der öffentlichen Ladung Aller zugleich eine Erforschung der muthmaßlichen Erben des Eingetragenen eintrete, und daß diese dann noch besonders geladen werden. Unzweifelhaft wird hierdurch größere Sicherheit dafür gewonnen, daß keine Rechtsverletzung eintrete. Durch den Schlußsatz soll noch ein weiteres Schutzmittel gegen die Möglichkeit einer solchen gegeben sein.

§. 29.

Bei Grundstücken, welche des Eintrags ermangeln, richtet sich Erwerb und Verlust des Eigenthums nach den für das Eigenthum

an beweglichen Sachen gegebenen Vorschriften. Jedoch bleibt es der Landesgesetzgebung vorbehalten, das bisherige Landesrecht darauf für anwendbar zu erklären.

Dasselbe gilt, soweit der Eintrag zufolge bei demselben vorgekommener Irrungen oder wegen Unbestimmtheit in der Bezeichnung des Grundstücks oder seiner Grenzen eine zureichende Grundlage für die Entscheidung über das Eigenthum nicht abgiebt.

Die Motive S. 312 erklären, daß nicht gebuchte Grundstücke für den Entwurf nicht in Betracht kommen. Was soll nun aber aus den unglücklichen Grundstücken werden, bei denen die Buchung nicht ausreicht, um die Grundlage für die Entscheidung der Eigenthumsfrage abzugeben? Daß solche Fälle vorkommen können, ist ja gar nicht zu bezweifeln. Sollen nun die Grundstücke der Rechtlosigkeit verfallen? Man mag ja die Unvollkommenheit menschlicher Verhältnisse bedauern. Damit aber, daß mann sie ignorirt, macht man die Sache nicht besser.

Die Ordnung des Rechtes nicht gebuchter Grundstücke ist in einfachster Weise so, wie oben ersichtlich, versucht worden. Möglich, daß dabei noch Verhältnisse in Betracht zu ziehen wären, die ich nicht vollständig überblicke. Weit wichtiger aber, als für ganz ungebucht gebliebene Grundstücke, ist die Regelung des betreffenden Rechtes für die Fälle, wo eine Buchung zwar geschehen, aber unzureichend ist. Zuvörderst können Irrungen vorkommen, welche den Werth der Buchung neutralisiren. So z. B. wenn ein Grundstück doppelt auf den Namen zweier verschiedener Eigenthümer eingetragen ist. Wem gehört nun das Grundstück? Der häufigste Fall aber, wo der Eintrag seine Wirkung versagt, wird der sein, daß derselbe (auch in Verbindung mit Flurbuch und Karte) nicht ausreicht, um das Grundstück innerhalb bestimmter Grenzen wieder zu erkennen. Was soll denn nun geschehen, wenn eine Fläche daliegt, von der man nicht weiß, unter welchen Eintrag sie fällt? In allen diesen Fällen bedarf es einer anderweiten Grundlage für die Entscheidung der Eigenthumsfrage, und diese kann nur, abgesehen von vertragsmäßigen Grundlagen, Besitz und Verjährung sein. Insofern läßt sich auch die Verjährung als Grundlage des Eigenthums von Grundstücken nicht völlig abweisen.

Sollte es übrigens Fälle der fraglichen Art gar nicht geben, so wären jedenfalls die Vorschriften ungefährlich, da sie dann gegenstandslos bleiben würden.

## Erwerb und Eintrag dinglicher Rechte.

### §. 30.

Dingliche Rechte an Grundeigenthum (Vorkaufsrecht, Dienstbarkeiten, Reallasten) werden durch Vertrag des Eigenthümers und des Erwerbers bestellt. Der Vertrag bedarf der schriftlichen Form.

Das Recht ist im Grundbuche zum Eintrage zu bringen. Ohne

Eintrag wirkt es gegen Dritte nur nach Maßgabe des §. 24. Auch §. 25 kommt dabei sinnentsprechend zur Anwendung.

Die hier bezeichneten dinglichen Rechte haben insoweit eine gleichartige Natur, daß die nachfolgenden Vorschriften gleichmäßig für sie aufgestellt werden können.

Unzweifelhaft besteht bei diesen dinglichen Rechten, ebenso wie beim Eigenthume, das Bedürfniß, einen Zeitpunkt zu bestimmen, wo sie materiell erworben sind. Am einfachsten würde dies sich machen, wenn man auch für ihre Bestellung einen gerichtlichen Vertrag — Auflassung — forderte. Indessen würde dadurch der Verkehr allzusehr belästigt werden. Nach dem in der Anmerkung 2 h zu §. 828 Mitgetheilten soll die Eintragung solcher Rechte auch auf einseitigen Antrag erfolgen, wenn nur die Bewilligung des Eigenthümers vorliegt. Danach fehlt es hier an einem der Auflassung entsprechenden formalisirten Rechtsgeschäft, und der §. 828 Abs. 3 will deshalb das Zustandekommen des dinglichen Vertrags je nach Umständen in ganz verschiedene Momente verlegen. Ich meine, es wäre einfacher und klarer, wenn man auch hier den Vertrag der Betheiligten als das Moment hinstellte, welches materiell das Recht begründet. Kann man diesen Vertrag nicht mit der schwerfälligen Form des Abschlusses vor Gericht belasten, so kann man ihn doch dadurch formalisiren, daß man die schriftliche Form für ihn fordert.

Dieser schriftliche Vertrag tritt dann zu dem Eintrag in dasselbe Verhältniß, wie beim Eigenthume die Auflassung. Bei der verhältnißmäßig geringeren Bedeutung, welche die dinglichen Rechte für das bürgerliche Leben haben, wird es auch, wie ich glaube, unbedenklich sein, den einfachen schriftlichen Vertrag als materielle Grundlage des Rechtes anzuerkennen. Natürlich wird der schriftliche Vertrag nachträglich erübrigt, wenn das Recht zum Eintrage gelangt (§. 31 Abs. 3).

Die Mehrzahl der nachfolgenden Paragraphen gehen dergestalt mit den Bestimmungen über das Eigenthum parallel, daß sie weiterer Erläuterung nicht bedürfen werden.

§. 31.

Der Eintrag erfolgt nach Bewilligung des Eigenthümers auf dem Blatte des zu belastenden Grundstücks.

Der Eigenthümer, welcher das Recht bestellt hat, ist verpflichtet, zur Erlangung des Eintrags mitzuwirken.

Durch den vollzogenen Eintrag erhält die Bestellung und das zu Grunde liegende Rechtsgeschäft, auch wenn sie nicht in rechtsgenügender Form erfolgt sind, Gültigkeit.

§. 32.

Auch ein durch letztwillige Verfügung bestelltes dingliches Recht ist von den Betheiligten zum Eintrage zu bringen, widrigenfalls die in §. 30 Abs. 2 bezeichnete Folge eintritt.

Der mit Gewährung des Rechtes Belastete ist verpflichtet, zur Erlangung des Eintrags mitzuwirken.

§. 33.

Der bestehende Eintrag berechtigt den Eingetragenen zu den an das Recht geknüpften Klagen und unterwirft ihn den mit dem Rechte verbundenen Pflichten.

Ausdrücklich sei hier hervorgehoben, daß ich jede possessorische Klage zum Schutze dinglicher Rechte (soweit diese nicht mit Sachbesitz verbunden sind) verwerfe. Es besteht dafür kein Bedürfniß. S. auch meine „Beurtheilung" zu §. 979.

§. 34.

Wird wegen unrechtmäßigen Bestands eines Eintrags von dem Eigenthümer des belasteten Grundstücks Klage auf Löschung erhoben (§. 12), so kann mit derselben nach Befinden die Klage auf ein Verbot der Ausübung des Rechtes, Beseitigung der Anlagen, Schadensersatz u. s. w. verbunden werden.

§. 35.

Wider die Klage des Berechtigten aus dem eingetragenen Rechte kann von dem Eigenthümer ein Einwand aus der Unrechtmäßigkeit des Eintrags oder aus einer Verpflichtung, denselben löschen zu lassen, nur in Verbindung mit einer entsprechenden Widerklage geltend gemacht werden.

§. 36.

Das dingliche Recht erlischt durch Vereinbarung der Betheiligten. Der Eingetragene ist danach verpflichtet, zur Löschung des Eintrags mitzuwirken.

Zum Nachtheile Dritter, welche dingliche Rechte an dem herrschenden Grundstücke haben, kann jedoch eine solche Vereinbarung ohne deren Einwilligung nicht getroffen werden.

Ein Vertrag, wodurch auf ein dingliches Recht verzichtet wird, bedarf weder der gerichtlichen, noch der schriftlichen Form.

§. 37 (834).

Das eingetragene Recht erlischt durch den einseitig vor dem Grundbuchamt erklärten Verzicht des Berechtigten. Die Löschung des Eintrags ist danach ohne Weiteres zu bewirken.

Der Schlußsatz des §. 36 findet auch auf diesen Verzicht Anwendung.

§. 38 (836).

Die Löschung eines auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkten Rechtes erfolgt auf Grund des nachgewiesenen Todes desselben.

Ist ein Anspruch auf rückständige Leistungen aus dem eingetragenen Rechte möglich, so darf ohne Bewilligung des Rechtsnachfolgers, der die Leistungen zu beanspruchen hätte, die Löschung erst nach Ablauf eines Jahres seit dem Tode des Berechtigten erfolgen. Innerhalb dieses Jahres kann der Rechtsnachfolger ohne Weiteres den Eintrag einer Vormerkung wegen der rückständigen Leistungen erwirken.

§. 39.

Ein dingliches Recht erlischt, wenn die Berechtigung und das Eigenthum an dem belasteten Grundstück in derselben Person sich vereinigen.

Eine eingetragene Grunddienstbarkeit lebt jedoch bei Trennung des Eigenthums an dem herrschenden und dienenden Grundstücke wieder auf, wenn der Eintrag ungelöscht geblieben ist.

In diesem Umfange halte ich bei dinglichen Rechten das vom Entwurf in §. 835 allgemein ausgesprochene Prinzip für berechtigt.

§. 40.

Ist der Eintrag eines dinglichen Rechtes unrechtmäßig gelöscht, so hat der Berechtigte den Anspruch auf Wiederherstellung.

Sind inzwischen Rechte von Dritten an dem Grundeigenthum erworben worden, so kommen die §§. 24 und 25 sinnentsprechend zur Anwendung.

§. 41.

Eine Grunddienstbarkeit wird durch Verjährung erworben, wenn dieselbe zehn Jahre ununterbrochen ausgeübt ist. Handlungen der in §. (IV. §. 18 Absatz 2) bezeichneten Art kommen dabei nicht in Rechnung.

Ist die Dienstbarkeit nicht mit einer ständigen Einrichtung verbunden, so bedarf es für die Verjährung einer dreißigjährigen Ausübung.

Dienstbarkeiten, welche lediglich auf Unterlassung bestimmter Handlungen seitens des Eigenthümers eines Grundstücks gerichtet sind, können durch Verjährung nicht erworben werden.

Nach Feststellung einer durch Verjährung erworbenen Dienstbarkeit durch Urtheil kann der Berechtigte auf Grund des Urtheils deren Eintragung beantragen.

Dieser Paragraph tritt der Ansicht des Entwurfs entgegen, wonach es andere als eingetragene Dienstbarkeiten gar nicht mehr geben soll. Den Plan, alle bestehenden Dienstbarkeiten zum Eintrage zu bringen, halte ich in deutschen Verhältnissen für undurchführbar. (Siehe meine „Beurtheilung" zu §. 828). Danach wird man auch die Verjährung als Grundlage des Erwerbs von Grunddienstbarkeiten anzuerkennen haben. Sie ist übrigens hier auf das knappste Maaß beschränkt.

§. 42.

Eine Grunddienstbarkeit gilt als durch Nichtgebrauch erloschen, wenn die zu deren Gebrauche dienenden Anlagen beseitigt oder Einrichtungen an den Grundstücken getroffen sind, welche deren Gebrauch ausschließen, und wenn dieser Zustand 10 Jahre bestanden hat.

Der Kommissionsentwurf lehnt jeden Verlust einer Dienstbarkeit durch Nichtgebrauch ab. Da es nun auch eine erlöschende Verjährung des Anspruchs aus einem eingetragenen Rechte nicht giebt, so besteht ein solcher Eintrag, wenn er nicht durch Vereinbarung der Betheiligten oder Verzicht erledigt wird, in alle Ewigkeit fort. Ich kann das nicht den Lebensverhältnissen entsprechend finden. Soll z. B. eine Ueberfahrtsgerechtigkeit oder eine Weideservitut immerdar im Grundbuche fortgeführt werden, auch wenn das Grundstück, auf welchem sie eingetragen ist, längst bebaut und damit der Dienstbarkeit bleibend entzogen ist? Ich meine, auch in solchen Verhältnissen müßte den Thatsachen ihr Recht gewahrt bleiben. Aus diesem Gesichtspunkt ist der obige Paragraph entworfen.

Zum Schlusse dieses Abschnitts muß noch die Frage erörtert werden, ob es etwa geboten sei, für die Uebertragung dinglicher Rechte von einem Berechtigten auf den anderen das Prinzip der §§. 837 und 838 zur Anwendung zu bringen. Bestimmungen in dieser Richtung sind in den vorstehenden Abschnitt nicht aufgenommen. Vorkaufsrecht, Grunddienstbarkeiten und dingliche Reallasten bilden überhaupt nicht den Gegenstand einer selbständigen Uebertragung. Was die persönlichen Dienstbarkeiten betrifft, so sagt allerdings §. 1011 des Entwurfs: „Der Nießbrauch kann veräußert und belastet werden." Ich bin aber der Ansicht, daß diese Bestimmung nothwendig fallen muß. Zunächst unterstelle ich, daß die gesetzlichen Nießbrauchsrechte (der Eltern, des Ehemannes) überhaupt nicht der Eintragung unterworfen werden sollen. Aber auch durch Vertrag oder letzten Willen bestellte Nießbrauchsrechte tragen mehr

oder minder den Charakter eines Vertrauensverhältnisses. Dem widerspricht es gänzlich, den Nießbrauch zum Gegenstande des Verkehrs zu machen. Nur ihrer Ausübung nach können einzelne darin begriffene Rechte auf andere übertragen werden. Ist aber der Nießbrauch dem Rechte nach unübertragbar, so ist auch kein Bedürfniß, den Erwerb einzelner Rechtsausübungen daraus unter den Schutz des Prinzips des §. 837 zu stellen.

Es bleiben also nur die persönlichen Reallasten. Diese können allerdings selbständig veräußert werden (§. 1039) und insofern könnte ihr Erwerb unter den Schutz des §. 837, auch die einzelnen Leistungen an den eingetragenen Berechtigten unter den Schutz des §. 838 gestellt werden. Hält man solche Bestimmungen (die überaus selten zur Anwendung kommen würden) für geboten, so würden sie doch im Entwurfe besser in dem besonderen Titel über Reallasten (Abschnitt 8) Aufnahme finden, als unter den allgemeinen Vorschriften für dingliche Rechte, wo sie kaum verstanden werden würden. Deshalb sind sie hier weggeblieben.

## VI. Hypothekenrecht.

Der nachfolgende Entwurf beruht auf dem Grundgedanken, daß Hypothek und Grundschuld gleichmäßige dingliche Belastungen eines Grundstücks mit einer Forderung sind, nur darin verschieden, daß bei der Hypothek die dingliche Forderung zugleich in organischer Verbindung mit einer persönlichen Forderung steht.

Jüngst hat Meibom in dem Archiv für civ. Pr. Bd. 74 einen Aufsatz über das Hypothekenrecht des B.G.B. veröffentlicht, worin er (S. 338) auch diese Frage berührt. Er sagt dabei: „Es unterliegt keinem Zweifel, daß vom Standpunkt der Realobligation aus ein befriedigender Aufbau der Lehre möglich ist. Es wird dem Laienverstande niemals einleuchten, daß der Eigenthümer eines mit Hypothek belasteten Grundstücks nicht verpflichtet sein solle, Zinsen und Kapital zu zahlen. Durch die Annahme einer Realobligation würde eine einfachere und natürlichere, daher gesundere und volksthümlichere Gestaltung des ganzen Instituts zu gewinnen gewesen sein.“ Auch noch an späterer Stelle (S. 382) kommt er darauf zurück und sagt: „Es ist dies ein weiterer Beweis dafür, daß die

Auffassung des Anspruchs als Realobligation die natürliche ist und die entgegengesetzte Auffassung des Entwurfs nicht streng durchgeführt werden kann." Nach diesen Aeußerungen ist es wohl nur aus dem Umstande, daß Meibom überhaupt dem Geiste des Entwurfs zuneigt, zu erklären, daß er dennoch für Beibehaltung der entgegengesetzten Auffassung des Entwurfes eintritt, die ja „auch der Ansicht der Mehrzahl unserer Juristen entspreche, welche sich von den als Muttermilch eingesogenen römischen Vorstellungen nicht loszusagen vermögen". Ueberdies, sagt er, weichen beide Auffassungen im praktischen Ergebnisse nicht wesentlich von einander ab. Die Lehre von der Realobligation sei bei anderen Gegenständen als Grundstücken gar nicht durchführbar. Sie würde auch die Versetzung des ganzen Abschnitts vom Pfandrecht in das Obligationenrecht nach sich gezogen haben.

Was zunächst diesen letzten Ausspruch betrifft, so ist er mir höchst überraschend gewesen. Ich hätte nicht geglaubt, daß jemand auf diesen Gedanken kommen könnte. Daß das Pfandrecht ein dingliches Recht ist und unter die dinglichen Rechte gehört, ist noch niemals bezweifelt worden, auch nicht von solchen, welche den sachlichen Inhalt dieses dinglichen Rechtes als eine „Forderung" bezeichnen. Aber auch die weiteren Gründe Meibom's treffen nicht zu. Was das römische Recht betrifft, so hat bereits Vangerow (ohne Zweifel ein Romanist reinsten Wassers) auf römischer Grundlage den Charakter des Pfandrechts als einer rei obligatio scharf aufgestellt und vertreten (Leitfaden Bd. 1 S. 797). Auch daß die Lehre von der dinglichen Schuld bei anderen Sachen, als Grundstücken, nicht durchführbar sei, ist nicht richtig. Was stände entgegen, daß jemand, der eine Schuld eingeht und für diese ein Faustpfand giebt, mit dem Gläubiger übereinkäme, daß er nur mit dem Werthe dieses Pfandes für die Schuld haften wolle? Dann hätte man allerdings keine „Grundschuld", aber eine dieser völlig entsprechende „Sachenschuld". Das Gesetzbuch selbst konstruirt ein solches Verhältniß, wie ich glaube ganz richtig. In § 183 wird gesagt: „Die Verjährung eines Anspruchs hindert den Berechtigten nicht, seine Befriedigung aus dem Pfande zu verlangen." Danach kann also, wenn die persönliche Forderung verjährt ist, der Gläu-

biger zu seiner Befriedigung sich noch immer an das Pfand halten; eine reine Sachenschuld.

Was endlich die praktischen Folgen betrifft, so mag es sein, daß bei der Hypothek nur wenige Erscheinungen vorkommen, bei denen die eine und die andere Auffassung in scharfen Gegensatz treten.[7] Aber die ganze Klarheit des Denkens leidet darunter, wenn man die Forderung, für welche die Hypothek haftet, als etwas außerhalb der Hypothek selbst Stehendes betrachtet. An vielen Stellen des Entwurfs, an denen man sich abmüht, jener Auffassung praktisch die Spitzen abzubrechen, ist das zu erkennen. Vollends wird die Lehre unhaltbar, wenn man daran geht, eine rein dingliche Schuld zu schaffen. Dabei ist man völlig rathlos.

Die Aeußerung Meibom's möchte ich damit vergleichen, als ob jemand sagte: das System des Kopernikus sei zwar das einfachere und natürlichere, aber man könne doch auch, wenn man sich daran gewöhnt habe, den Weltbau nach dem Systeme des Ptolomäus sich denken; das mache nur geringen praktischen Unterschied.

Wahrscheinlich hängt es aber auch mit der Verkennung der wahren Natur der Hypothek zusammen, daß der Entwurf es ganz natürlich findet, die der Hypothek zu Grunde liegende Forderung unter die Regel des §. 837 zu stellen. Ich halte das für die Hypothek im Allgemeinen nicht für naturgemäß, vielmehr für eine künstliche Hinaufschraubung derselben zu einer naturwidrigen Bedeutung. Nur insoweit ist eine solche Behandlung gerechtfertigt, als man gewisse Arten hypothekarisch gesicherter Forderungen zum Gegenstand eines fluktuirenden Verkehrs machen will.

Die Hypothek, sagen wir die natürliche Hypothek, wie das römische Recht sie uns überliefert hat, ist bestimmt, einer Forderung eine größere materielle Sicherheit zu geben, indem sie ihr neben dem unsicheren Bestande des jeweiligen Vermögens des Schuldners (denn das ist das Vollstreckungsziel der „persönlichen" Forderung) zugleich ein Grundstück als unwandelbares Vollstreckungsziel sichert.

---

[7]) Die Unhaltbarkeit der herrschenden Auffassung wurde mir zuerst klar, als mir (vor etwa 30 Jahren) in der Praxis die Ansicht entgegentrat, es müßte, um den Hypothekenschuldner zu verklagen, dem persönlichen Schuldner gekündigt werden.

Die Natur der Forderung selbst bleibt aber davon völlig unberührt. Allerdings kann es dem Interesse der Betheiligten entsprecheu, die Forderung, die persönliche und die dingliche, auch prozessualisch zu sichern. Dazu sind aber andere Mittel gegeben. Die Hypothek als solche hat damit nichts zu thun.

Diese natürliche Hypothek in erster Linie aufzustellen und unter Hinzunahme des Eintragsprinzips zu gestalten, wäre die Aufgabe des Entwurfs gewesen. Statt dessen hat derselbe (allerdings in Anlehnung an preußische Gesetze) diese natürliche Hypothek unter dem Namen „Sicherheitshypothek“ ganz in die Ecke gestellt, dagegen (in dieser Beziehung abweichend von den preußischen Gesetzen) zwei Arten von Hypotheken für die normalen erklärt, bei welchen beiden die der Hypothek unterliegende Forderung zu einer Art Wechselforderung gemacht wird, indem gegen dieselbe, sobald sie übertragen wird, Einreden ausgeschlossen sein sollen. Nun kann man ja sagen, es müsse, so wie eine persönliche, doch auch eine dingliche Forderung geben, welche für den Verkehr die Beweglichkeit des Wechsels darbiete. Gut! das geschieht auch, indem man die Briefhypothek schafft, bei welcher der Hypothekenbrief eine dem Wechsel ganz ähnliche Rolle spielt. Das ist zu ertragen und kann auch einem praktischen Bedürfniß entsprechend gefunden werden. In dieser Briefhypothek findet auch der preußische Jurist vollständig seine Hypothek wieder. Es wird ihm also nichts entzogen. Aber warum denn jeder Forderung, welche die Betheiligten durch Hypothek sichern wollen, ohne Weiteres die Natur einer Wechselforderung aufdrängen, einer Wechselforderung, welche, indem sie an kein in den Händen der Betheiligten befindliches Papier geknüpft ist, noch weit größere Gefahren in sich trägt, als die an ein Papier geknüpfte?

Allerdings hat der Entwurf doch noch einige Rücksicht auf das Recht der natürlichen Hypothek genommen. Er will die Sicherheitshypothek nicht ganz und gar auf Forderungen von unbestimmten Betrage beschränken, vielmehr soll den Betheiligten gestattet sein, auch für andere Forderungen, wenn sie es ausdrücklich erklären, nur eine Sicherheitshypothek zu bestellen. Ferner sollen die auf Richterspruch sich gründenden Hypotheken, Zwangs- und Arresthypothek, nur Sicherheitshypotheken sein. Da tritt nun Meibom

auf und sagt: Wozu das alles? Eine solche „Sicherheitshypothek" bietet ja weit weniger Sicherheit als eine andere. Jede Hypothek, wenn sie nicht eine Forderung von unbestimmtem Betrage zum Gegenstand hat, muß die Natur einer Wechselhypothek haben. Den Betheiligten zu gestatten, statt der „regelmäßigen Hypothek" eine „Hypothek minderer Güte" zu bestellen, dafür besteht kein praktisches Bedürfniß. (S. 364.)

Gesetzt, es träte jemand auf und sagte: „Unser bisheriges Schuldrecht bietet für die Forderungen keine genügende Sicherheit. Allen Forderungen, die auf einen bestimmten Geldbetrag lauten, muß die Natur von Wechselforderungen beigelegt werden, dergestalt daß jedem Cessionar gegenüber Einreden wider die Forderung ausgeschlossen sind. Auch wenn die Betheiligten ausdrücklich wollen, darf ihnen doch nicht gestattet sein, im Sinne des bisherigen Rechtes sich zu verpflichten. Denn für solche Forderungen minderer Güte ist kein praktisches Bedürfniß vorhanden." Was würde man wohl dazu sagen? — Einen solchen Gedanken trägt aber der Entwurf in das Hypothekenrecht hinein, und Meibom übertrumpft ihn noch, indem er alles, auch die vom Entwurfe gelassenen Ausnahmen, unter die Wechselhypothek hineinzwängen will.

Natürlich ist die Frage einer solchen Schärfung des Schuldrechts nicht blos eine juristische, sondern vor allem auch eine wirthschaftliche. Oder hat man noch nie gehört, daß die Ausbreitung des Wechsels als Form des Kontrahirens doch auch ihre Gefahren in sich trägt? Ueber diese wirthschaftliche Seite der Sache sagt aber Meibom kein Wort.

In dem nun folgenden Entwurfe handelt der erste Abschnitt von der einfachen Hypothek, derjenigen, welche ich oben als die „natürliche" bezeichnete. Der zweite wird von der Briefhypothek, der für den Verkehr bestimmten Hypothek mit der Natur des Wechsels, der dritte von der Grundschuld handeln. Der letztere kann, sobald man erkennt, daß Hypothek und Grundschuld ihrem inneren Wesen nach nicht verschieden sind, sehr kurz ausfallen. Am Schlusse sind dann noch die Bestimmungen über die auf richterliche Anordnung entstehende Hypothek angereiht.

## Belastung von Grundstücken mit Forderungen. Hypothek.

### §. 1.

Mit einer Forderung, für welche eine persönliche Verbindlichkeit besteht, kann zugleich ein Grundstück dinglich belastet sein (Hypothek).

Das belastete Grundstück kann im Eigenthume des persönlichen Schuldners oder eines Andern stehen.

Es wäre theoretisch gewiß richtiger, die Grundschuld als das einfachere Rechtsinstitut vorauszunehmen und die Hypothek als das minder Einfache folgen zu zu lassen. Nach der geschichtlichen Entwickelung ist das aber unmöglich.

### §. 2.

Die Hypothek entsteht durch Eintrag im Grundbuch auf dem Blatte des zu belastenden Grundstücks. Der Eintrag erfolgt auf Bewilligung des Eigenthümers.

Da die Bedeutung der Hypothek lediglich in der Wirkung liegt, die sie bei der Zwangsvollstreckung Dritten gegenüber übt, so bedarf es hier keiner Unterscheidung zwischen der materiellen und formellen Begründung des Rechtes. Man kann unbedenklich den Satz aufstellen: Die Hypothek entsteht durch den Eintrag.

### §. 3 (1063).

Niemand kann einen Bruchtheil seines Eigenthums oder Miteigenthums an einem Grundstücke mit einer Hypothek belasten.

### §. 4 (1064).

Bei dem Eintrage der Hypothek sind im Grundbuche der Gläubiger, die Forderung und deren Geldbetrag und, wenn die Forderung verzinslich ist, der Zinssatz zu bezeichnen. Zur näheren Bezeichnung der Forderung kann auf die Eintragsbewilligung und, wenn eine über die Forderung lautende Urkunde überreicht ist, auf diese Bezug genommen werden.

### §. 5 (1065).

Für eine Hypothekschuld können auf Bewilligung des Eigenthümers nachträglich Zinsen bis zum Betrage von fünf vom Hundert eingetragen werden, ohne daß es der Einwilligung der gleichstehenden oder nachstehenden Berechtigten bedarf.

§. 6 (1062 Absatz 2. 1129).

Die Forderung für welche eine Hypothek bestellt wird, kann eine künftige oder bedingte sein.

Ist die Forderung ihrem Betrage nach unbestimmt, so ist ein Höchstbetrag, bis zu welchem das Grundstück haften soll, einzutragen.

Diese Vorschrift findet auch Anwendung, wenn die Hypothek zur Sicherung eines zunächst nicht auf Geld gerichteten Anspruchs dienen soll.

Für selbstverständlich halte ich es, daß auch bei der für eine künftige oder bedingte Forderung bestellten Hypothek der Rang von dem Eintrage datirt.

§. 7.

Ist für einen laufenden Kredit eine Hypothek bestellt worden, so haftet dieselbe bis zu dem bestimmten Höchstbetrage für den sich bildenden Rechnungsabschluß, auch wenn dieser auf Grund von Zahlungen und Rückzahlungen sich bildet, welche jenen Höchstbetrag übersteigen. Einzelne dem Kreditverhältniß angehörige, vom Gläubiger abgetretene Forderungen scheiden aus dem Hypothekenrecht aus.

Eine Hypothekbestellung für einen laufenden Kredit ist bei Kaufleuten ein sehr häufiges Geschäft. Ich halte es für zweckmäßig, einige dabei öfters vorkommende Zweifel durch das Gesetz abzuschneiden.

§. 8 (842).

Bei Bestellung einer Hypothek kann der Eigenthümer sich die Befugniß vorbehalten, bis zu einem bestimmten Geldbetrag eine weitere Hypothek oder ein anderes Recht mit dem Vorrang vor jener an dem Grundstücke zu bestellen. Der Vorbehalt und demnächst die eingetretene Rangänderung ist im Grundbuch einzutragen. Sind vor Verwirklichung des Vorbehalts weitere Rechte an dem Grundstück eingetragen, so kann der Vorbehalt nur verwirklicht werden, wenn auch die weiter Berechtigten dem einzutragenden Rechte den Vorrang bewilligt haben.

Der Vorbehalt gilt im Zweifel für den jeweiligen Eigenthümer gestellt. Er erlischt mit der Konkurserkennung wider den Eigenthümer, sowie mit dem Zwangsverkaufe des Grundstücks.

Dieser Paragraph entspricht dem §. 842 des Entwurfs, ist aber hierher genommen, weil er, wie ich glaube, nur für Hypotheken praktische Bedeutung hat. Dadurch wurde es möglich, ihn etwas einfacher zu gestalten. Für selbstverständlich

halte ich, daß das vorbehaltene Recht des Eigenthümers nicht etwa Gegenstand einer gegen ihn gerichteten Zwangsvollstreckung sein kann; so daß sich andere Gläubiger an der leergebliebenen Stelle mit dem Rechte des Vorrangs ansiedeln könnten.

§. 9 (1066).

Die Hypothek erstreckt sich ohne besondern Eintrag auch auf die gesetzlichen Zinsen der Hauptforderung, sowie auf die Kosten der Kündigung und der die Befriedigung aus dem Grundstücke bezweckenden Rechtsverfolgung. Inwieweit Zinsen mit dem Range der Hauptforderung den Mitansprüchen anderer Gläubiger gegenüber gefordert werden können, bestimmt die Zwangsversteigerungsordnung.

Der §. 1066 des Entwurfs hat nicht, wie man auf den ersten Blick unterstellen möchte, die Bedeutung, daß der Hypothekgläubiger auch im Verhältnisse zu allen nachfolgenden Gläubigern ungemessene Zinsen aus der Hypothek fordern dürfte. Wie wir aus der Anmerkung 1 S. 186 des Entwurfs ersehen, soll die Zwangsversteigerungsordnung bestimmen, daß beim Zwangsverkaufe nur zweijährige vertragsmäßige Zinsen mit dem Range der Hauptforderung gut gethan werden; eine Beschränkung, die dringend nothwendig ist. Zur Vermeidung eines Mißverständnisses habe ich eine Verweisung auf die anderweite Ordnung am Schlusse hinzugefügt.

(Die im Gesetzbuch nun folgenden §§. 1067 bis 1074 sind hier übergangen, da sie mit der rechtlichen Natur der Hypothek nur in geringem Zusammenhange stehen).

§. 10 (1075).

Die Hypothek begründet für den Gläubiger den Anspruch auf Befriedigung der fälligen Forderung aus dem Grundstück und den mithaftenden Gegenständen nach den Regeln der Zwangsvollstreckung.

§. 11 (1077).

Ein Vertrag, durch welchen der Gläubiger vor Fälligkeit der Forderung eine andere Art der Befriedigung aus dem Grundstücke sich ausbedingt, oder durch welchen er die Unterlassung weiterer Verfügung über das Grundstück vom Eigenthümer sich versprechen läßt, ist nichtig.

Nicht ausgeschlossen ist ein Vertrag, nach welchem der Gläubiger statt der Zinsen für die Forderung die Benutzung des Grundstücks sich ausbedingt.

Der Entwurf will die Antichrese gänzlich abschaffen. (Motive III. S. 628.) Ich meine, daß dieselbe im Umfange des Abs. 2 fortbestehen könnte. Sie ent-

spricht unter Umständen einem wirthschaftlichen Bedürfniß und ist auch (in kleinbäuerlichen Verhältnissen) noch in Uebung.

## §. 12 (1078 Abs. 1).

Der Gläubiger hat die Wahl, ob er zu seiner Befriedigung die persönliche oder die dingliche Forderung verfolgen und, wenn persönlicher Schuldner und Hypothekschuldner verschiedene Personen sind, ob er den einen oder den anderen belangen will. Desgleichen hat er die Wahl, welches der verschiedenen ihm verhafteten Grundstücke er angreifen und, wenn dieselben im Eigenthume verschiedener Personen stehen, welchen Eigenthümer er belangen will.

Mit diesem Paragraphen betreten wir ein schwieriges Gebiet. Es leuchtet ein, daß die gleichmäßige Haftung mehrerer Personen für ein und dieselbe Schuld, wie sie sich aus dem Hypothekverhältniß ergeben kann, ein der (passiven) Korrealobligation nahe verwandtes Verhältniß begründet.[8]) Zweck der Korrealobligation ist bekanntlich, dem Gläubiger eine größere Sicherheit zu gewähren, nicht aber, es zu einer Frage des Zufalls zu machen, wer schließlich die Schuld auf sich nehmen soll. (Ich beziehe mich hierfür auf die vortreffliche Ausführung von Savigny, Oblig. R. I §. 22.)

Bei jedem Verhältnisse dieser Art stellt sich also zunächst die Frage: Wer ist denn der eigentliche (materielle) Schuldner, d. h. derjenige, welchem der sachliche Inhalt der Obligation zu Gute gekommen ist? Und hat nicht derjenige, welcher lediglich kraft seiner formellen Verpflichtung gezahlt hat, gegen diesen eigentlichen Schuldner den Rückgriff? Es stellt sich aber auch die weitere Frage: Hat nicht der, welcher lediglich kraft seiner formellen Verpflichtung hat zahlen müssen, wider die, welche mit ihm in gleicher Lage waren und nur zufällig frei geblieben sind, einen Anspruch auf Ausgleich, d. h. auf verhältnißmäßigen Ersatz des Gezahlten?

Diese Fragen stellen sich auch bei dem durch eine Hypothekenschuld herbeigeführten Verhältnisse mehrerer Verpflichteten.

Wir wollen sofort die Sache konkret zu fassen suchen. Denken wir, der persönliche Schuldner hat Grundstücke, die er zur Hypothek eingesetzt hat, an verschiedene Personen veräußert, ohne daß die Erwerber die Schuld übernommen haben. Dann ist er der eigentliche Schuldner geblieben. Die Erwerber der Grundstücke haften dem Gläubiger nur (formell) aus der Hypothek. Wenn nun

---

[8]) In Preußen erkennt man dies damit an, daß man jede auf mehreren Grundstücken haftende Hypothek eine „Korrealhypothek" nennt. Eine solche ist dort, wo ganze Güter nur ein Grundstück bilden, die Ausnahme. In den westlichen deutschen Ländern, wo fast jede Hypothek eine Mehrzahl von Grundstücken (vielleicht an hundert) umfaßt, kennt man diesen Namen gar nicht, um so mehr aber die Sache.

einer dieser Hypothekschuldner vom Gläubiger angegriffen wird und bezahlen muß, dann entstehen die Fragen:

hat er einen Rückgriff auf den persönlichen Schuldner als den eigentlichen Schuldner? und

hat er — was wichtig wird, wenn dieser Rückgriff versagt — einen Anspruch auf Ausgleich den andern Erwerbern von Pfandstücken gegenüber, welche der Gläubiger frei gelassen hat?

Was zunächst die letzte Frage betrifft, so lehnt der Entwurf einen solchen Ausgleich gänzlich ab. Wenn in dieser Beziehung die Motive (S. 683) die Annahme aussprechen, es werde in der Regel der Gläubiger schon aus Billigkeitsgefühl seine Forderung nur aus sämmtlichen verhafteten Grundstücken in angemessenem Verhältnisse beitreiben, so halte ich das für eine leere Hoffnung. Der Gläubiger treibt sein Geld bei, wo er es am schnellsten und leichtesten kriegen kann, und das ist ihm auch gar nicht übel zu nehmen. Die Motive verneinen aber auch, daß es eine Anforderung der Gerechtigkeit sei, einen solchen Ausgleich zu gewähren, meines Erachtens nicht in überzeugender Weise. Daß das natürliche Gefühl einen solchen Ausgleich erheischt, wird am besten durch die Thatsache erwiesen, daß die Gesetzgebungen mehrerer größeren deutschen Länder einen solchen angeordnet haben. Auch in Preußen war derselbe durch die Allgemeine Gerichtsordnung und auch wieder durch die Konkursordnung von 1855 vorgeschrieben. Erst die radikale Richtung der Gesetzgebung während der Periode Leonhardt-Förster hat denselben durch das Gesetz vom 12. März 1869 gänzlich beseitigt. Der Entwurf ist hierin gefolgt.

Der einzige berechtigte Grund hierfür kann darin gefunden werden, daß die Ordnung eines solchen Ausgleichs große Schwierigkeiten in sich trägt. Und wenn die Kommission diese unüberwindlich gefunden haben sollte, so kann man ihr das ja zu gute halten. Unter diesen Umständen will ich aber auch meinerseits nicht versuchen, einen solchen Ausgleich zu ordnen. Ich würde voraussichtlich damit wenig Anklang finden.[9])

Dagegen halte ich es für unabweislich geboten, die obengedachte erste Frage hier im Gesetze zu berühren. Hiervon handeln die folgenden Paragraphen 13 und 14.

## §. 13.

Wer von den verschiedenen haftbaren Personen in Verhältniß zu einander die Schuld zu tragen hat, bestimmt sich nach dem zwischen ihnen obwaltenden Rechtsverhältnisse. Danach steht wegen

---

[9]) Mindestens darf wohl von der Zwangsversteigerungsordnung die Aufstellung des Grundsatzes erwartet werden, daß bei gleichzeitigem Zwangsverkaufe mehrerer belasteter Grundstücke die Befriedigung des Gläubigers aus dem Erlöse sämmtlicher Grundstücke verhältnißmäßig zu entnehmen sei. Hierauf ist auch ein Antrag des deutschen Landwirthschaftsraths gerichtet.

der gezahlten oder beigetriebenen Schuld nach Befinden dem Einen wider den Anderen ein Rückgriff zu.

Wider einen Hypothekschuldner, welcher dem persönlichen Schuldner gegenüber die Schuld übernommen hat, kann auch von anderen Hypothekschuldnern das Recht des Rückgriffs aus der Schuldübernahme geltend gemacht werden.

Es wurde in dem obigen Beispiele unterstellt, daß der persönliche Schuldner der eigentliche Schuldner sei, und dies wird in der Regel der Fall sein. Es kann aber auch die Sache anders liegen. So namentlich in dem Falle, wenn der Erwerber des Pfandstücks dem persönlichen Schuldner gegenüber die Schuld übernommen hat. Dann ist in dem Verhältnisse beider der Hypothekschuldner der eigentliche Schuldner geworden, und wenn der persönliche Schuldner vom Gläubiger angegriffen wird und bezahlen muß, so hat er gegen den Hypothekschuldner den Rückgriff.

Gesetzt, in dem hier unterstellten Falle hätte der persönliche Schuldner Pfandstücke noch an Dritte veräußert, welche die Schuld aber nicht übernommen haben. Diese würden nun von dem Gläubiger angegriffen und müßten bezahlen. An wen hätten sie ihren Rückgriff? Obgleich sie selbst zu dem Schuldübernehmer in keinem persönlichen Verhältnisse stehen, muß ihnen doch der Rückgriff gegen diesen direkt gestattet sein. Römisch-rechtlich würde man sagen: sie dürfen die Klage des persönlichen Schuldners wider den Schuldübernehmer utiliter geltend machen. Dies will der Abs. 2 des obigen §. 13 besagen.

## §. 14 (1078 Abs. 2).

Ist der Gläubiger von einer der haftbaren Personen durch freiwillige Zahlung oder mittels Zwangsvollstreckung befriedigt worden, so erlischt damit die Hypothek auch an den Grundstücken aller übrigen.

Hat jedoch derjenige, welcher den Gläubiger befriedigt hat, wider einen anderen Mitverhafteten ein Recht des Rückgriffs (§. 13), so geht behufs dessen Befriedigung das Recht der Hypothek an den dem letzteren gehörigen Grundstücken auf den ersteren über.

Dasselbe gilt, wenn durch Vereinigung der persönlichen Verbindlichkeit und des Gläubigerrechts in derselben Person die Schuld erledigt ist, der persönliche Schuldner aber, wenn er die Schuld gezahlt hätte, ein Rückgriffrecht gegen einen Hypothekschuldner gehabt haben würde.

Dieser Paragraph bildet eine wesentliche Ergänzung des §. 13. Demjenigen aus einem Hypothekverhältnisse Verhafteten, welcher einen Rückgriff wider einen anderen hat, soll nicht allein die persönliche Klage zustehen, sondern es soll ihm auch die auf den Grundstücken des Verpflichteten haftende Hypothek zu gute kommen; indem sie kraft der Abtragung der Schuld auf ihn übergeht. Daß dadurch das

Rückgriffsrecht in hohem Maaße gesichert und die aus der Korrealität des Verhältnisses fließende Gefahr gemindert wird, liegt auf der Hand.

Der Kommissionsentwurf bringt die Möglichkeit, daß ein Hypothekschuldner auf den anderen zurückgreife, in einer ganz anderen Verbindung; nämlich in Verbindung mit der Eigenthümerhypothek. Er sagt von dieser (§. 1094): „Die Eigenthümerhypothek erstreckt sich auch auf das mitbelastete Grundstück eines Dritten." Und die Motive (S. 729) bemerken hierüber: „Diese Vorschrift dient dazu, der Eigenthümerhypothek die Lebensfähigkeit in denjenigen Gebieten zu sichern, in welchen die Verpfändung mehrerer Grundstücke für dieselbe Forderung üblich ist. Die Erstreckung ist vielleicht eine nothwendige Konsequenz aus dem Wesen der Eigenthümerhypothek. Bei der Neuheit dieses Rechtsinstitutes in großen Gebieten des Reiches erscheint es indessen rathsam, sie in dem Gesetzbuch auszusprechen."

Der sachliche Inhalt dieser Vorschrift läuft also darauf hinaus: Wenn der Eigenthümer eines Pfandstücks die Hypothek abträgt oder das Gläubigerrecht erwirbt, so kann er den Betrag der Forderung sowohl aus dem eigenen Grundstück, als auch nach seiner Wahl aus den mitverpfändeten Grundstücken Dritter wieder herausschlagen.

Denken wir uns zunächst den einfachsten Fall, daß keiner der Eigenthümer von Pfandstücken der eigentliche Schuldner sei. Für diesen Fall wurde oben (bei §. 12) die Frage erörtert, ob nicht, wenn wider einen derselben die Forderung beigetrieben wird, ein Ausgleich durch die Anderen der Gerechtigkeit entspreche. Wir sahen, daß der Entwurf diesen Ausgleich ablehnt. Wer die Beitreibung erlitten hat, soll den Schaden auf sich behalten. Ganz anders entscheidet nun der Entwurf für den Fall, daß einer der Eigenthümer es nicht zur Beitreibung kommen läßt, sondern freiwillig zahlt. Dann gewährt ihm das Gesetz nicht einen Ausgleich, d. h. eine verhältnißmäßige Vergütung seines Schadens, sondern es gewährt ihm das Recht, den Schaden ganz von sich ab und auf die anderen überzuwälzen — vielleicht zur Belohnung für die Bravheit, daß er es nicht zur Beitreibung hat kommen lassen? — Auch in dieser Umkehrung der Sache vermag ich keine Gerechtigkeit zu finden. Wohl aber wird dieses sonderbare Recht dazu dienen, daß der Schlaue auf Kosten der minder Schlauen sich bereichert, indem er die Schuld abbezahlt und dann das Gezahlte von denen, die mit ihm in gleicher Lage sind, sich wieder holt.

Nun aber noch den anderen Fall. Derjenige Eigenthümer, welcher gezahlt oder das Gläubigerrecht erworben hat, ist der eigentliche Schuldner. Denken wir uns also den Fall konkret. A. hat von B. ein Darlehn von 1000 M. bekommen und ihm dafür die Grundstücke m und n, je in einem Werthe von 1000 M., verpfändet. A. verkauft hierauf das Grundstück m an C. Der Gläubiger B. verlangt nun von A. sein Geld zurück. A. wartet die Beitreibung nicht ab; er bringt das Geld auf und zahlt es an B. Dann hat er an den Grundstücken m und n die „Eigenthümerhypothek" erworben. Kraft derselben ist er berechtigt, dafür, daß er seine eigene Schuld an B. bezahlt hat, einen dieser Schuld gleichkommenden Geldbetrag aus dem an C. verkauften Grundstück m beitreiben zu lassen. Ist das nun Gerechtigkeit? Ich verstehe es nicht.

Mit solchen Ergebnissen wird man für die „Eigenthümerhypothek" keine Propaganda in Deutschland machen. Das, was in dem Gedanken einer Erstreckung derselben auf die Grundstücke Dritter berechtigt ist, dürfte in dem obigen §. 14 seinen Ausdruck gefunden haben. Hier erscheint der Uebergang des Rechts der Hypothek auf einen zahlenden Mitschuldner in den Dienst der materiellen Gerechtigkeit gestellt. Nach der Gestaltung im Entwurfe steht er im Dienste des Zufalls oder — der Schlauheit.

§. 15 (1079).

Ist die Forderung an Kündigung geknüpft, so hat der Gläubiger, wenn er aus der Hypothek Befriedigung verlangt, dem Hypothekschuldner zu kündigen. Will der Hypothekschuldner die Schuld abtragen, so steht ihm die Kündigung derselben zu.

Die Kündigungsfrage ist einer der Punkte, bei welchen, wenn man nicht dem Leben ins Gesicht schlagen will, die Theorie von der accessorischen Natur der Hypothek in die Brüche geht. Nach dieser Theorie müßte, um den Hypothekschuldner anzugreifen, stets erst dem persönlichen Schuldner gekündigt werden, also z. B. auch dann, wenn dieser nach Uebertragung der Grundstücke, Gott weiß wohin, in die Welt gegangen wäre. Die Verlegenheit, in welcher man sich bei Abfassung des Entwurfs befand, ergiebt sich deutlich aus den Motiven S. 688. Schließlich hat das verständige Prinzip gesiegt, und nur in der geschrobenen Fassung des §. 1079 hat die quälende Theorie ihre Spuren zurückgelassen. Erkennt man, daß in der That persönlicher Schuldner und Hypothekschuldner in einem der Korrealschuld analogen Verhältnisse stehen, so macht sich die Sache sehr einfach. Der oben entworfene Paragraph entspricht dem §. 326.

§. 16 (1080).

Der Hypothekschuldner ist berechtigt, die Schuld abzutragen, sobald sie fällig ist.

§. 17 (1081).

Wenn ein Gläubiger Befriedigung aus der Hypothek verlangt, so hat jeder an dem Grundstücke Berechtigte, welcher sein Recht durch den Zwangsverkauf zu verlieren Gefahr läuft, die Befugniß, durch Befriedigung des Gläubigers den Zwangsverkauf abzuwenden. Der Gläubiger ist verpflichtet, dem ihn Befriedigenden seine Rechte abzutreten.

Unter mehreren, welche die vorgedachte Befugniß ausüben wollen, geht der an dem Grundstücke besser Berechtigte vor.

§. 18 (1082).

Der Hypothekschuldner, sowie derjenige, welcher nach §. 17 für ihn Zahlung leisten will, kann die Zahlung auch durch Aufrechnung einer eigenen Forderung an den Gläubiger bewirken.

(In dem Kommissionsentwurfe folgen hiernächst die §§. 1083 und 1084. Beide sind übergangen aus den in der Einleitung entwickelten Gründen. Das, was §. 1084 besagt, ergiebt sich von selbst, wenn man den Anspruch aus der Hypothek als eine dingliche Forderung betrachtet, die sich mit der persönlichen Forderung materiell identifizirt.)

## §. 19 (1086, 1087).

Persönliche und dingliche Forderung können nur zusammen übertragen werden. Die Uebertragung der einen schließt im Zweifel die Uebertragung der anderen in sich. Wird ausdrücklich nur die eine abgetreten, so erlischt die andere.

Auf die Abtretung einer Hypothekforderung finden die Vorschriften über Abtretung von Forderungen überhaupt Anwendung; jedoch mit folgenden weiteren Bestimmungen.

Was die Form der Abtretung einer Hypothekforderung betrifft, so will der Entwurf, wiederum von der Ansicht ausgehend, daß die Hypothek ein dingliches Recht wie alle andern sei, die Abtretung an den Eintrag im Grundbuche binden. Meibom in der oben gedachten Schrift bekämpft diese Anforderung, wobei er darauf hinweist, daß auch in den preußischen Gesetzen diese Form zwar anfangs aufgestellt, auf Begehren der Landesvertretung aber fallen gelassen sei.

Sicherlich hat Meibom darin Recht, daß es durchaus kein praktisches Bedürfniß ist, wohl aber für den Verkehr äußerst belästigend sein würde, die Abtretung als Rechtsgeschäft zwischen altem und neuem Gläubiger an den Eintrag zu knüpfen. Es liegt kein Grund vor, die Hypothekforderung in dieser Beziehung anders zu behandeln wie jede andere Forderung, wenn man nur zugleich für Wahrung der Interessen des Hypothekschuldners sorgt.

Der Tit. 4 Buch II des Entwurfs, welcher die Abtretung von Forderungen behandelt, bestimmt in §. 294, daß die Abtretung im Weg einfachen Vertrags erfolgen kann. Er bestimmt aber zugleich in §. 308, daß der Schuldner, wenn der neue Gläubiger von ihm Zahlung verlangt, fordern könne, daß dieser sich durch eine öffentlich beglaubigte Urkunde ausweise. Im Interesse der Sicherheit des Schuldners halte ich das für eine durchaus gerechtfertigte Anforderung. Dasselbe würde also auch der Hypothekschuldner fordern können. Bei ihm kommt aber noch ein anderer schwerwiegender Umstand in Betracht. Die Hypothek ist auf seinem Grundstück eingetragen, und dieser Eintrag mindert den Kreditwerth des Grundstücks. Er kann also verlangen, daß gegen Zahlung der Schuld auch der Eintrag gelöscht werde, gerade so wie ein Schuldner, der ein Faustpfand gegeben hat, verlangen kann, daß ihm gegen Zahlung der Schuld dieses Pfand zurückgegeben werde. Fähig, eine die Löschung ermöglichende Quittung zu ertheilen, ist aber der neue Gläubiger nur, wenn er eintragsfähig ist. Und der sichere Beweis, daß er eintragsfähig ist, liegt nur in der Erlangung des Eintrags. Der Hypothekschuldner braucht sich nicht damit genügen zu lassen, daß der neue Gläubiger

ihm seine Legitimationspapiere einhändigt. Die wenigsten Schuldner sind im Stande, solche Papiere zu prüfen. Man weiß auch nicht, welchen Schwierigkeiten die Prüfung derselben bei dem Grundbuchrichter (der ja mitunter eigenthümliche Ansichten hat) begegnen wird. Diese Gefahr braucht der Schuldner nicht auf sich zu nehmen. Er braucht auch nicht für den Gläubiger die Briefe zu tragen. Ich halte es daher — wenn es auch für den neuen Gläubiger etwas belästigend sein mag — für ein unabweisliches Gebot der Gerechtigkeit gegen den Schuldner, den Satz aufzustellen: der Schuldner braucht nicht eher zu zahlen, bis der Gläubiger sich hat eintragen lassen.

Ich stelle diesen Satz für jeden Rechtsnachfolger auf, also z. B. auch für die Erben; denn das Interesse des Schuldners ist in allen Fällen gleich. In diesem Sinne komme ich also, was die Cession betrifft, dem vom Entwurf aufgestellten Grundsatze nahe. Die Cession an sich bedarf des Eintrags nicht, wohl aber kann der Schuldner, ehe er zahlt, dieselbe zu seiner Sicherheit fordern. Ueberdies liegt noch ein Antrieb für den Cessionar, sich eintragen zu lassen, darin, daß er bei unterbleibendem Eintrag unter Umständen nach §. 22 seines Gläubigerrechts verlustig gehen kann.

Geht man hiervon aus, so ist es verhältnißmäßig gleichgültig, welche Form man für die Abtretung an sich vorschreiben will. Die Nothwendigkeit einer beglaubigten Urkunde ergiebt sich von selbst dadurch, daß ohne sie der Eintrag nicht zu erlangen ist. In §. 1112 stellt der Entwurf für Abtretung eines Hypothekenbriefs das Erforderniß einer gerichtlich oder notariell beglaubigten Urkunde auf. Meibom bekämpft dieses Erforderniß. Er verlangt nur eine einfache Urkunde und will sogar beim Hypothekenbrief eine Blanko-Abtretung gestatten. Ich möchte die Frage stellen: will Meibom, wenn der Schuldner den von einem so legitimirten Gläubiger quittirten Hypothekenbrief beim Grundbuchamt einreicht, darauf hin die Löschung geschehen lassen? Wenn ja, dann ließe sich wohl über die Sache reden. Das scheint aber Meibom selbst nicht zu wollen. Er sagt vielmehr (S. 349): „Etwaige Nachtheile, welche für den Eigenthümer des belasteten Grundstücks durch Zulassung unbeglaubigter Abtretungserklärungen entstehen können, fallen nicht ins Gewicht, da durch Bewilligung der Briefhypothek diese Gefahr vom Eigenthümer übernommen ist." Ich muß gestehen, daß mich diese Aeußerung eines namhaften Juristen wahrhaft schmerzlich berührt hat. Damit nur der Umschlag mit Hypothekenbriefen recht flott vor sich gehe, sollen die Interessen des Schuldners preisgegeben werden. Da steht der Entwurf mit seiner unbedingten Forderung der Eintragung doch weit höher.

Natürlich kann der Schuldner auch darauf verzichten, daß der neue Gläubiger sich erst eintragen läßt. Dann muß ihm dieser aber doch die Mittel gewähren, um die Löschung zu erwirken, also namentlich eine beglaubigte Urkunde über die Abtretung oder die sonstigen zu seiner Legitimation dienenden Papiere ihm einhändigen.

Nach diesen Erläuterungen wird es verständlich sein, in welchem Sinne die §§. 19, 20, 21, 24 und 25 entworfen sind.

§. 20.

Der nachgewiesene Rechtsnachfolger des Gläubigers ist berechtigt, die Hypothek im Grundbuch auf seinen Namen überschreiben zu lassen.

Der, welcher eine Hypothekforderung abgetreten hat, ist verpflichtet, dem Erwerber die Mittel zur Erlangung des Eintrags zu gewähren.

Haben mehrere Rechtsnachfolgen stattgefunden, so bedarf es keines Eintrags der Zwischenerwerber.

§. 21 (1088).

Die Uebertragung der Forderung durch Zwangsüberweisung ist im Grundbuch einzutragen. Die Eintragung erfolgt auf Grund des Ueberweisungsbeschlusses und der Zustellung desselben an den Drittschuldner.

§. 22.

Das Gläubigerrecht desjenigen, welcher seinen Erwerb der Forderung von einem eingetragenen Gläubiger ableitet, kann von einem Anderen, der das Gläubigerrecht in Anspruch nimmt, indem er die Berechtigung des eingetragenen Gläubigers zur Zeit seiner Eintragung bestreitet, nur angefochten werden, wenn die Voraussetzungen des §. (V. 24) gegen ihn vorliegen. Wider den Veräußerer der Forderung kommt §. (V. 25) zur Anwendung.

Das Prinzip des §. 837, so wie der Entwurf in §. 1083 thut, auf den Bestand der Forderung anzuwenden, lehne ich aus den in der Einleitung entwickelten Gründen bei der einfachen Hypothek entschieden ab. Erst bei der Briefhypothek (§. 42) wird dasselbe seine Stelle finden. Dagegen ist in einer anderen Richtung das Prinzip auch schon bei der einfachen Hypothek in Anwendung zu bringen, nämlich bei der Frage, wer Gläubiger der Forderung sei. Das Gläubigerrecht als solches nimmt auch bei der Hypothek die Natur eines dinglichen Rechtes an und muß deshalb den Schutz des Grundbuchs genießen. Der, welcher vom eingetragenen Gläubiger die Forderung übertragen erhält, muß, wenn er in gutem Glauben gewesen ist, in seinem Erwerbe geschützt werden. Und der Schuldner, welcher in gutem Glauben dem eingetragenen Gläubiger zahlt, darf nicht Gefahr laufen, von einem anderen Gläubiger nochmals in Anspruch genommen zu werden. Dies ist der Inhalt der §§. 22 und 23.

§. 23.

Der Schuldner, welcher an den eingetragenen Gläubiger oder denjenigen, welcher sein Recht von ihm ableitet, in gutem Glauben

gezahlt hat, ist befreit, auch wenn ein Anderer das Gläubigerrecht erstreitet.

§. 24.

Der Rechtsnachfolger eines Hypothekgläubigers kann vom Schuldner Zahlung nur verlangen, wenn er den Eintrag der Hypothek auf seinen Namen erwirkt hat.

Sicherheitsmaßregeln zu beantragen, ist er schon vorher berechtigt.

§. 25.

Wird die Schuld abgetragen, so hat der Gläubiger dem Zahlenden die Mittel zu gewähren, um die Hypothek löschen zu lassen. Der Letztere ist verpflichtet, auch mitverhaftete Hypothekschuldner, deren Grundstücke durch die Zahlung befreit worden sind, auf ihr Verlangen der gewährten Mittel theilhaftig zu machen.

Die Kosten der Quittung und Löschung hat beim Mangel anderweiter Vereinbarung der Schuldner, die besonderen Kosten für den Nachweis der Berechtigung des Gläubigers dieser zu tragen.

Den Schlußsatz, welcher dem §. 61 des Preußischen Eigenthumsgesetzes entspricht, zum Ausdrucke zu bringen, halte ich für angemessen, weil über diesen Punkt sehr häufig Streitigkeiten entstehen.

§. 26.

Hat der Hypothekschuldner, der nicht zugleich persönlicher Schuldner ist, wider den Gläubiger eine Forderung, so kann wider diese der Gläubiger seine Hypothekforderung nur mit Zustimmung des Hypothekschuldners zur Aufrechnung bringen.

Diesen Satz auszusprechen, halte ich zur Vermeidung von Mißverständnissen (namentlich auch im Gegensatz zu §. 18) für dienlich. Der Satz gründet sich darauf, daß der Hypothekschuldner immer nur im Umfange des Werthes des verhafteten Grundstücks Schuldner ist.

§. 27.

Die Löschung der Hypothek erfolgt auf Antrag des Eigenthümers, welcher die Löschungsbewilligung oder Quittung des Gläubigers und, wenn dieser als Rechtsnachfolger noch nicht eingetragen ist, den Nachweis von dessen Berechtigung beizubringen hat.

§. 28.

Verweigert der Gläubiger die Annahme der Zahlung und macht deshalb der Schuldner von dem Recht öffentlicher Hinterlegung der

Schuld Gebrauch, so kann die Löschung erst erfolgen, nachdem die Hinterlegung durch Urtheil zwischen Schuldner und Gläubiger für rechtmäßig erfolgt erklärt ist.

§. 29.

Ist eine Hypothek unrechtmäßig gelöscht worden, so kann der Gläubiger Wiederherstellung des Eintrags verlangen.

Rechte, welche Dritte inzwischen an dem Grundstück erworben haben, bleiben in Kraft, insofern nicht die Voraussetzungen des §. (V. 24) gegen sie vorliegen.

§. 30 (1102).

An die Stelle einer erloschenen Hypothek kann eine andere nicht eingetragen werden.

§. 31.

Der Hypothekschuldner, welcher die Schuld abträgt, kann verlangen, daß der Gläubiger, statt Quittung zu ertheilen, mittels beglaubigter Urkunde die Hypothek an einen anderen namhaft gemachten Gläubiger ohne Gewährleistung abtrete.

Auf vereinbarte regelmäßige Kapitalabträge, welche mit der Zinsleistung erfolgen, findet diese Vorschrift keine Anwendnng.

Auch dieser Satz ist dem preußischen Eigenthumsgesetze §. 63 entnommen. Er dient dazu, dem Hypothekschuldner die Möglichkeit zu gewähren, eine Hypothekschuld durch eine andere unter Beibehalung des Ranges der ersteren ablösen zu lassen, und ist insofern von entschiedenem praktischen Werthe. Der Schlußsatz bezieht sich auf das Verhältniß der Kapitalabträge, welche manche Kreditinstitute statutenmäßig bei der Darleihung ausbedingen. Für diese paßt der erste Absatz nicht.

§. 32 (1076).

Wenn in der Person des Pfandeigenthümers, welcher nicht zugleich persönlicher Schuldner ist, Eigenthum und Gläubigerrecht sich vereinigt haben, so kann derselbe, wenn von anderer Seite die Zwangsvollstreckung in das Grundstück betrieben wird, behufs Befriedigung seiner Forderung das Recht der Hypothek an dem eigenen Grundstücke geltend machen.

§. 33 (1094).

Hat der Pfandeigenthümer einen voreingetragenen Gläubiger befriedigt, so kann er, wenn von anderer Seite die Zwangsvollstreckung in das Grundstück betrieben wird, nacheingetragenen

Gläubigern gegenüber an der Stelle der abbezahlten noch ungelöschten Hypothek einen dieser entsprechenden Betrag aus dem Erlöse des Grundstücks in Anspruch nehmen.

Diese Vorschrift findet jedoch keine Anwendung solchen Gläubigern gegenüber, denen der Eigenthümer zugleich persönlich haftet. Als persönlich haftend ist der Eigenthümer auch dann anzusehen, wenn er die Schuld einem persönlichen Schuldner gegenüber übernommen hat.

Geht das vorbezeichnete vom Eigenthümer erlangte Recht durch Abtretung oder Zwangsüberweisung auf Dritte über, so können diese, nachdem sie den Eintrag erlangt haben, die Zwangsvollstreckung selbständig betreiben. Sie gehen dabei auch solchen nach ihnen eingetragenen Gläubigern vor, welchen der Eigenthümer persönlich haftet.

§. 34 (1097).

Der §. 33 findet sinnentsprechende Anwendung, wenn die einer voreingetragenen Hypothek zu Grunde liegende Forderung dadurch erloschen ist, daß Gläubigerrecht und Verbindlichkeit in der Person des Pfandeigenthümers sich vereinigt haben.

Die Paragraphen 32, 33 und 34 behandeln die Fälle, welche man unter dem Namen der „Eigenthümerhypothek“ zu begreifen pflegt. Bekanntlich bildet diese ein sehr schwieriges Rechtsinstitut, und wenn man die Entscheidungen unserer Gerichte darüber liest, so findet man, daß sie zu dem Unerquicklichsten gehören, was die Jurisprudenz liefert.

Ein Hauptgrund hierfür scheint mir darin zu liegen, daß man mit diesem Institut in eine gewisse Uebertreibung gerathen ist. Auch im römischen Rechte werden Fälle aufgeführt, in welchen dem Eigenthümer gestattet sein soll, das Recht der Hypothek an der eigenen Sache geltend zu machen. Zu einer völligen Ausbildung ist dieses Recht dort nicht gelangt. Offenbar aber behandeln die Römer dasselbe als ein Institut der aequitas und wenden es da an, wo das Bedürfniß materieller Gerechtigkeit es erheischt. Unsere modernen Gesetzgebungen haben es dagegen zu einer Art Normalinstitut erhoben, welchem man eine allzu abstrakte Anwendung gegeben hat.

Wenn jemand ein mit einer Reihe von Hypotheken belastetes Grundstück (ohne Schuldübernahme) erwirbt und nun, vielleicht um dem Zwangsverkaufe zu entgehen, die erste Hypothek ausbezahlt, dann kann man mit Recht sagen: Der Eigenthümer hat die Hypothek bezahlt, nicht um dadurch die Lage der später eingetragenen Gläubiger, denen er ja persönlich zu nichts verpflichtet ist, zu verbessern, sondern um sich selbst über Wasser zu halten. Und deshalb muß ihm das Recht gewährt sein, wenn nun die anderen Gläubiger aufdringen, zu sagen: „Ich bean-

spruche das, was ich auf die erste Hypothek bezahlt habe, aus dem Erlöse des Grundstücks voraus." Das ist der Fall, wo die „Eigenthümerhypothek" volle Berechtigung hat.

Denken wir uns nun aber folgenden Fall. Jemand hat eine Reihe von Schulden eingegangen und für dieselben sein Grundstück verpfändet. Weil der erste Gläubiger aufdringt, zahlt er diesen ab. Nun bringen die folgenden Gläubiger das Grundstück zum Verkauf. Entspricht es da wohl der Gerechtigkeit, daß der Eigenthümer sagen darf: „Ich hafte zwar euch allen mit meinem ganzen Vermögen; vorerst aber nehme ich den Betrag der von mir bezahlten Hypothek aus dem Erlöse des Grundstücks vorweg"? — Der, welchem der Eigenthümer lediglich dinglich haftet, hat kein anderes Recht, als Befriedigung aus dem Grundstück an derjenigen Stelle, an welcher sein Recht eingetragen ist. Dagegen hat es meinem juristischen Gefühl nach etwas Unnatürliches, wenn der Eigenthümer auch solchen Gläubigern, denen er zugleich persönlich haftet, ein Stück Erlös aus dem Grundstücke vorweg nehmen darf. Und noch weniger scheint es mir sachentsprechend, wenn damit zugleich allen anderen Gläubigern, die bisher gar kein Recht an dem Grundstücke gehabt haben, die Möglichkeit eröffnet wird, durch schleunige Beschlagnahme der „Eigenthümerhypothek" sich vor den bereits eingetragenen Gläubigern einen Vorzug zu verschaffen; bei welcher Hetzjagd dann natürlich auch die letzteren womöglich in Mitbewerb treten. Ich meine, bei solchen Gläubigern, denen der Eigenthümer persönlich verpflichtet ist, entspräche das Nachrücken in erledigte Stellen der Natur des Verhältnisses.

Früher konnten Gläubiger, denen der Eigenthümer lediglich dinglich haftet, nur Hypothekgläubiger sein, die ihre persönliche Forderung an einen Dritten haben.[10] Heute treten diesen Gläubigern noch die Grundschuldgläubiger hinzu. Als eine persönliche Haftung begründend muß übrigens auch die Schuldübernahme anerkannt werden. In diesem Sinne sind die obigen Paragraphen entworfen.

Von einer anderen Uebertreibung, die man in die Eigenthümerhypothek gelegt hat, ist bereits oben bei §. 14 die Rede gewesen.

Bei der von den Motiven hervorgehobenen „Neuheit der Eigenthümerhypothek in großen Gebieten des Reichs" wäre es gewiß rathsam, das Institut maßvoll und nicht in einer Weise auftreten zu lassen, welche einem oft recht bedenklichen Verkehre Vorschub leistet, theilweise aber dem Rechtsgefühle geradezu ins Gesicht schlägt. Daß übrigens die Eigenthümerhypothek mit der Theorie von der accessorischen Natur der Hypothek in Todfeindschaft lebt, das wird wohl jedem einleuchten, auch ohne daß er die Motive S. 728 gelesen hat.[11]

---

[10]) So sind auch die Fälle beschaffen, wo im römischen Rechte dem Eigenthümer gestattet wird, das Recht der Hypothek an der eigenen Sache geltend zu machen.

[11]) Der öfters vernommene Gedanke, die Eigenthümerhypothek dadurch entbehrlich zu machen, daß man jede dingliche Forderung von vornherein als auf ihre Stelle fixirt ansieht, so daß, wenn eine voreingetragene Hypothek erledigt wird, die nacheingetragenen Gläubiger nicht nachrücken, sondern die erledigte Hypothek

§. 35 (1095).

In allen Fällen, wo infolge Befriedigung des Gläubigers das Recht der Hypothek kraft Gesetzes oder gesetzlich gebotener Abtretung auf einen Anderen übergegangen ist (§§. 14, 17, 31, 33), geht der Gläubiger, wenn er nur theilweise befriedigt ist, mit seinem Restguthaben vor.

§. 36.

Ist der eingetragene Gläubiger seinem Aufenthaltsorte nach unbekannt, oder ist er vor länger als drei Monaten verstorben, oder erklärt er keinen Anspruch mehr auf die Forderung zu haben, ohne daß ein Rechtsnachfolger sich hat eintragen lassen, so ist der Schuldner, welcher die fällige Schuld abtragen will, berechtigt, ein Aufgebotsverfahren zu dem Zwecke zu beantragen, daß gegen öffentliche Hinterlegung der Schuld die Hypothek gelöscht werde.

Für die Zuständigkeit und das Verfahren kommen die Vorschriften von Absatz 2, 3 und 4 des §. (V. 28) zur Anwendung. Ist der Schuldabtrag an eine Kündigung geknüpft, so ist die Ladungsfrist um die Dauer der Kündigungsfrist zu verlängern. In der Ladung sind die, welche Rechte an der Forderung haben, aufzufordern, sich zu melden und den Eintrag der Hypothek auf ihren Namen zu erwirken, widrigenfalls die Forderung durch die

---

als „offene Stelle" dem Eigenthümer zu gute kommt, — dieser Gedanke hat zwar auf den ersten Blick etwas Bestechendes, ist aber nicht durchführbar zufolge der Korrealität der dinglichen Schuld. Denken wir, A. hat drei Grundstücke a, b, c, jedes im Werthe von 1000 M. Er verpfändet alle drei zusammen nach einander an M., N., O. für 1000, 800, 500 M. Dann haben ohne Zweifel alle drei Gläubiger ein gesichertes Pfandrecht. Nun verkauft A. das Grundstück b an B., das Grundstück c an C. Er trägt darauf die erste Hypothek von 1000 M. an M. ab. Dann ist nach dem Grundsatz der Stellenfixirung nicht allein das Grundstück a in der Hand des A., sondern auch das Grundstück b in der Hand des B. und das Grundstück c in der Hand des C. bis zum Betrage von 1000 M., d. h. im Umfange seines ganzen Werthes frei geworden, und die Gläubiger N. und O. haben das leere Nachsehen. Mit anderen Worten: bei Fixirung der Hypotheken würde sich, sobald die Pfandstücke vertheilt werden, jede frei werdende Stelle nach der Zahl der Theilhaber vervielfältigen, zum schweren Schaden der Nacheingetragenen. Das geht offenbar nicht. Sollte es irgendwo in Deutschland üblich sein, immer nur ein (untheilbares) Grundstück zum Gegenstand einer Hypothek zu machen, so würde dort eine solche Stellenfixirung möglich sein.

erfolgte Hinterlegung als getilgt werde angenommen werden und sie sich nur noch an den hinterlegten Betrag halten können. Erst nach erfolgter Hinterlegung der Schuld ist die Löschung der Hypothek durch Urtheil anzuordnen.

Ist die Forderung als verzinslich eingetragen, so hat der Schuldner zugleich zweijährige Zinsen zu hinterlegen, vorbehaltlich der Nachforderung oder Rückforderung des zu wenig oder zu viel Gezahlten.

Der Kommissionsentwurf spricht in den §§. 1103 und 1104 nur von einem „unbekannten Gläubiger", und sagt dazu in den Motiven (S. 739): „Eine Verdeutlichung des Begriffes „unbekannt" ist unnöthig. Auch ist es nicht für angemessen erachtet worden, mit der preuß. GBO. §§. 105 und 106 den Fall, wenn der Gläubiger sein Verfügungsrecht nicht nachzuweisen vermag, besonders hervorzuheben." Das scheint mir doch wieder recht doktrinär! Unter dem Wort „unbekannt" soll man Dinge verstehen, die nach dem gewöhnlichen Verständnisse nicht darunter passen. „Unbekannt" dem Namen nach wird niemals ein Gläubiger sein; denn er steht ja im Grundbuch eingeschrieben. Die „Unbekanntschaft" des Gläubigers wird sich also immer nur in einer der oben bezeichneten Weisen gestalten. Der häufigste Fall wird der sein, daß der Erbe seine Legitimation nicht nachzuweisen und deshalb die Ueberschreibung der Forderung auf seinen Namen nicht zu erlangen vermag. Das kann man doch nur sehr uneigentlich „Unbekanntschaft des Gläubigers" nennen. Ich halte es für nöthig, die Sache deutlich auszudrücken, damit die Bestimmung praktisch brauchbar werde.

Die übrigen Abweichungen von den Bestimmungen des Entwurfs werden keiner Erläuterung bedürfen.

### §. 37 (1103).

Sind 30 Jahre verflossen, seitdem der eingetragene Gläubiger seinen letzten bekannten Wohnort verlassen hat oder verstorben ist oder keinen Anspruch mehr auf die Forderung gemacht hat, so kann der Pfandeigenthümer ein Aufgebotsverfahren zu dem Zwecke beantragen, daß die Löschung der Hypothek ohne Weiteres erfolge.

Für die Zuständigkeit und das Verfahren kommen die Vorschriften von Abs. 2, 3, 4 des §. (V. 28) zur Anwendung. Die Ladung ist unter dem Rechtsnachtheile zu erlassen, daß bei unterbleibender Meldung solcher, welche ihre Berechtigung auf die Forderung nachzuweisen vermögen, die Hypothek werde gelöscht werden.

Anfechtbar ist das Verfahren nach Maßgabe des Schlußsatzes in §. (V. 28).

## Hypothek mit Hypothekenbrief.

§. 38.

Für eine Schuld, die auf eine bestimmte Geldsumme lautet, kann der Eigenthümer eine Hypothek in der Art bewilligen, daß für dieselbe ein Hypothekenbrief ausgestellt wird (Briefhypothek). Es kommen hierfür folgende weitere Bestimmungen zur Anwendung.

§. 39.

Der Hypothekenbrief ist auf Grund des Eintrags der Hypothek vom Grundbuchamt anzufertigen und dem Besteller der Hypothek zuzustellen. Ist über die Forderung eine Schuldurkunde ausgestellt, so ist diese dem Hypothekenbrief anzuschließen.

Mit der Aushändigung des Hypothekenbriefs durch den Besteller an den Gläubiger wird die Hypothek begründet.

Ich lege Werth auf die Bestimmung, daß der angefertigte Hypothekenbrief vom Grundbuchamte stets dem Besteller der Hypothek zugestellt werde und dieser dann durch Aushändigung an den Gläubiger die Hypothek bestelle. Dann kann in dem häufigsten Falle, wo der Hypothekenbrief für ein zu zahlendes Darlehn ausgestellt wird, der Schuldner in der Art sein Interesse wahren, daß er Zug um Zug gegen Aushändigung des Hypothekenbriefs das Darlehn empfängt.

§. 40 (1107).

Nach dem übereinstimmenden Willen von Gläubiger und Eigenthümer kann eine einfache Hypothek in eine Briefhypothek, eine Briefhypothek in eine einfache Hypothek umgewandelt werden. Bei der ersteren Umwandlung ist nach §. 39, bei der letzteren nach §. 49 Abs. 1 zu verfahren. Die Umwandlung ist im Grundbuch anzumerken.

Bei der ersteren Umwandlung bleibt bis zur Aushändigung des Hypothekenbriefs an den Gläubiger die einfache Hypothek bestehen.

Auch hier ist daran festzuhalten, daß der Hypothekenbrief vom Grundbuchamte nur dem Schuldner zugestellt werden darf. Wenn das Grundbuchamt bald dem einen, bald dem anderen den Brief zustellen soll, so ist die Gefahr verhängnißvoller Irrthümer zu groß. (Die Fassung des §. 1110 läßt es ungewiß, wie die Grundbuchordnung die Frage regeln will.)

§. 41 (1112).

Eine Abtretung der Forderung kann nur unter Uebergabe des Hypothekenbriefs erfolgen.

Im Falle der Zwangsvollstreckung gilt die Uebergabe des Hypothekenbriefs mit dem Zeitpunkt als bewirkt, in welchem der Hypothekenbrief von dem Gerichtsvollzieher behufs Ablieferung an den neuen Gläubiger weggenommen ist.

## §. 42 (1083).

Dem neuen Gläubiger können Einwendungen wider den Bestand der Forderung, die sich auf das Recht des Vorbesitzers beziehen, nur insoweit entgegengesetzt werden, als sie aus dem Hypothekenbriefe sich ergeben, oder als die Voraussetzungen des §. (V. 24) wider ihn vorliegen.

Die Zahlung fälliger Zinsen und Kosten, welche der Schuldner in gutem Glauben an den bisherigen Gläubiger bewirkt hat, muß auch der neue Gläubiger gegen sich gelten lassen.

Man hat auch die Frage gestellt, wie sich die Sache verhalte, wenn (zufolge eines Versehens) Eintrag und Hypothekenbrief nicht übereinstimmen? Der Entwurf enthält keine Bestimmung darüber. Die Motive (S. 756) erklären den Eintrag für entscheidend; während Meibom (a. a. O. S. 353) die Ansicht vertritt, daß der Brief entscheiden müsse. Er will in dieser Richtung eine Bestimmung in das Gesetz aufgenommen haben. Von letzterem würde ich auch meinerseits abstehen; bin aber der Ansicht, daß, wenn nichts bestimmt wird, keiner von beiden den Vorzug hat; woraus dann folgen würde, daß Rechte nur insoweit entstehen, als der Inhalt beider sich deckt.

Der Abs. 2 des §. 42 steht in engem Zusammenhange mit §. 48.

## §. 43 (1085 Abs. 2).

Ist der Hypothekenbrief für ein Darlehn, welches nicht als in bestimmter Vergangenheit ausgezahlt bescheinigt ist, oder ohne Angabe eines Schuldgrunds ausgestellt, so wird die Einrede des nicht gezahlten Geldes auch einem weiteren Erwerber der Hypothek gegenüber erhalten, wenn der Besteller innerhalb 30 Tagen nach der Bestellung die Einrede beim Grundbuchamt anmeldet. Die Anmeldung ist sofort im Grundbuch einzutragen und dem eingetragenen Gläubiger davon Nachricht zu geben.

Auf Verlangen des Gläubigers ist nach Ablauf der gedachten Frist vom Grundbuchamt auf dem Hypothekenbrief zu bescheinigen, daß eine Anmeldung der Einrede nicht erfolgt sei.

Ich verweise hier auf meine obige Ausführung bei II. §. 3.

§. 44 (1115).

Ein Rechtsnachfolger, welcher die Ueberschreibung der Hypothek auf seinen Namen erwirken will, hat zugleich den Hypothekenbrief vorzulegen. Der erfolgte Eintrag ist vom Grundbuchamt auf dem Hypothekenbrief anzumerken.

§. 45 (1122).

Wird die Forderung getheilt, so sind Theilhypothekenbriefe nach Maßgabe der Grundbuchordnung zu bilden. Die Zustimmung des Hypothekschuldners ist nicht dazu erforderlich.

§. 46 (1117, 1118).

Der Gläubiger, welcher die Forderung geltend macht, hat den Hypothekenbrief vorzulegen.

Auch bei der Mahnung oder bei der Kündigung der Forderung hat auf Verlangen des Schuldners der Gläubiger durch Vorlage des Hypothekenbriefs sich als dessen Inhaber auszuweisen.

§. 47 (1119).

Bei Zahlung der Schuld erstreckt sich die im §. 25 bezeichnete Verpflichtung auch auf Aushändigung des Hypothekenbriefs.

Bei einer Theilzahlung ist diese auf dem Hypothekenbrief anzumerken. Auch hat der Gläubiger auf Verlangen des Schuldners den Hypothekenbrief zur Löschung oder zur Bildung eines Theilhypothekenbriefs dem Grundbuchamt einzureichen.

§. 48 (1121).

Die §§. 46 und 47 finden keine Anwendung auf die Zahlung fälliger Zinsen und Kosten.

§. 49 (1109 Abs. 2).

Bei dem Antrag auf Löschung ist zugleich der erledigte Hypothekenbrief dem Grundbuchamt einzureichen, welches ihn zu vernichten hat.

Ist der Eigenthümer nicht im Besitze des erledigten Hypothekenbriefs, so kann er von dessen Inhaber verlangen, daß er denselben zwecks Löschung der Hypothek dem Grundbuchamt einreiche.

§. 50 (1123).

Ist ein noch gültiger Hypothekenbrief dem Gläubiger abhanden gekommen oder vernichtet, so unterliegt er der Kraftloserklärung im

Wege des Aufgebotsverfahrens. Nach Erlaß des Ausschlußurtheils ist dem Gläubiger ein neuer Hypothekenbrief zu ertheilen und, daß dies geschehen, im Grundbuch anzumerken.

Zu dem Verfahren ist der Hypothekschuldner behufs Anerkennung des Bestands der Hypothek besonders zu laden. Bestreitet er den Bestand, so kann der neue Hypothekenbrief erst ertheilt werden, nachdem der Bestand der Hypothek durch Urtheil festgestellt ist.

§. 51 (1124).

Bei dem nach §§. 36 und 37 eingeleiteten Aufgebotsverfahren wird mit Erlaß des Urtheils, welches die Löschung der Hypothek anordnet, zugleich der Hypothekenbrief kraftlos.

## Grundschuld.

§. 52.

Ein Grundstück kann mit einer Forderung belastet werden, für welche keine persönliche Verbindlichkeit besteht (Grundschuld).

Bei der Grundschuld ernten wir nun die vollen Früchte der im Eingange vertretenen Anschauung. Um das Wort „Forderung" zu vermeiden, giebt der Entwurf in einer Reihe von Paragraphen eine Beschreibung der Grundschuld, wonach sie alle Qualitäten einer Forderung hat. Ist es da nicht viel einfacher, sie eine Forderung zu nennen? Noch eine andere Unklarheit hat sich auf dem Gebiete der Grundschuld angesiedelt. Man meint, eine Grundschuld könnte nur eine abstrakte (durch Grundschuldbrief begründete) Forderung sein. Auch hierfür liegt nicht der geringste Grund vor. Wenn ich ein Haus für 50000 Mark kaufe, 5000 Mark darauf anzahle und zugleich mit dem Verkäufer ausmache, daß ich für den Rest nur mit dem erkauften Hause (nicht mit meinem übrigen Vermögen) haften will, warum soll ich da nicht eine Grundschuld für 45000 Mark Kaufgeld (also für eine Forderung aus einem materiellen Vertrag) auf das Haus eintragen lassen können? Ist das ein unvernünftiges Rechtsgeschäft? Man wird vielleicht sagen: für eine andere Grundschuld als durch Grundschuldbrief sei kein Bedürfniß. Darüber will ich nicht streiten. Ich bin der Ansicht, daß überhaupt für Schaffung der Grundschuld kein dringendes Bedürfniß vorhanden war. Schafft man aber eine Grundschuld, dann lege ich den größten Werth auf eine klare Erkenntniß der Natur derselben. Jetzt halten unzählige Juristen Grundschuld und Grundschuldbrief für untrennbare Begriffe.[12]) Eine solche Vermischung von Wesentlichem und Unwesentlichem ist der Tod aller Wissenschaft. Uebrigens

---

[12]) Das sind vielleicht dieselben Männer, welche auf dem Gebiete der persönlichen Verpflichtung gegen das „abstrakte Schuldversprechen" die „größten Bedenken" haben. Welch ein Widerspruch!

wird, soweit kein Bedürfniß vorhanden ist, von der Grundschuld auch kein Gebrauch gemacht werden.

Geht man davon aus, daß die Grundschuld nichts anderes ist als eine Hypothek, nur mit dem Unterschiede, daß sie mit keiner persönlichen Forderung verbunden ist, so kann man für sie, wie in §. 53 geschehen, in allem Wesentlichen auf das Recht der Hypothek Bezug nehmen. Absichtlich habe ich es unterlassen, die Paragraphen aufzuzählen, die unverändert, und die, welche nur modifizirt auf die Grundschuld Anwendung finden sollen. Eine solche Aufzählung führt nur zu einer mechanischen Rechtsprechung. Die Anwendung der Vorschriften für die Hypothek auf die Grundschuld muß dem Denken des Richters vorbehalten bleiben.

§. 53.

Auf die Grundschuld finden die Bestimmungen über die Hypothek Anwendung, soweit dieselben nicht auf den Mitbestand der mit der Hypothek verbundenen persönlichen Verbindlichkeit sich beziehen.

Insbesondere kann für eine auf einen bestimmten Geldbetrag lautende Grundschuld ein Grundschuldbrief ausgestellt werden, auf welchen die für den Hypothekenbrief gegebenen Bestimmungen zur Anwendung kommen.

Abweichende Bestimmungen für die Grundschuld sind folgende.

§. 54.

Bei Bestellung einer Grundschuld kann der Eigenthümer einen bestimmten, der Grundschuld vorgehenden Geldbetrag aus dem Erlöse des Grundstücks sich zur freien Verfügung vorbehalten. Der Vorbehalt ist im Grundbuch einzutragen.

Der Eigenthümer kann ferner eine Grundschuld auf seinen eigenen Namen eintragen lassen.

In beiden Fällen erlangt der Eigenthümer und derjenige, auf welchen er sein Recht überträgt, die nämlichen Rechte, welche der §. 33 dem Eigenthümer und seinem Rechtsnachfolger bezüglich des auf sie übergegangenen Rechts der Hypothek zuweist.

Diese wenigen besonderen Bestimmungen sind für die Grundschuld nach dem Gebrauche, den sie erlangt hat, angemessen. Zur Rechtfertigung derselben beziehe ich mich auf die Erörterung zu §. 34. Dort sind wir schon einem Rechte begegnet, welches ganz die Natur einer Grundschuld hat, die der Eigenthümer in Hinblick auf die Rechte Nacheingetragener an dem eigenen Grundstück erwirbt. Die dortigen Vorschriften können unbedenklich auch hier angewendet werden.

## Richterlich angeordnete Hypotheken.

### §. 55 (1130).

Der Gläubiger, welcher eine Geldforderung rechtskräftig zuerkannt erhalten hat, die nicht bereits durch Hypothek zureichend gesichert ist, kann bei dem Vollstreckungsgerichte beantragen, daß zur Sicherung der Forderung das Grundbuchamt um Eintragung einer Hypothek auf dem Grundeigenthume des Schuldners ersucht werde (Zwangshypothek).

Es wird hier vorgeschlagen, die Zwangshypothek auf rechtskräftig zuerkannte Forderungen zu beschränken. Es führt nur zum Verderbe der Grundbücher, wenn man sie zum Sammelplatz aller möglichen Einträge auch nur vorläufiger Art macht, die dann später vielleicht wieder gelöscht werden müssen. Solche vorläufigen Einträge müssen auf das knappste Maß wirklichen Bedürfnisses beschränkt werden. Wo ein solches Bedürfniß obwaltet, ist die Arresthypothek (§. 57) am Platze. Noch weniger kann ich es für gerechtfertigt halten, auch für vollstreckbare Urkunden ohne Weiteres eine Hypothek eintragen zu lassen. Denn wenn der Schuldner das gewollt hätte, so hätte er ja schon bei Ausstellung der Urkunde die Hypothek bestellen können. Es wird ferner vorgeschlagen, die Anordnung der Hypothek in die Hand des Vollstreckungsgerichts zu legen. Dann kann dieses von vornherein dafür sorgen, daß nur ein der Größe der Forderung entsprechender Theil des Grundeigenthums mit der Hypothek belegt werde. Erst dem Gläubiger gestatten, blindlings alles Grundeigenthum des Schuldners mit der Hypothek zu belegen, und ihn dann für verpflichtet zu erklären, das zu viel Belegte wieder freizugeben, führt nur zu Weiterungen und Streitigkeiten.

Daß die Hypothek erst mit dem Eintrag entsteht, folgt schon aus §. 2.

### §. 56 (1131).

Besitzt der Schuldner mehrere Grundstücke, so soll das Ersuchen sich auf Grundstücke in solchem Umfange beschränken, daß für die Forderung eine für die Belegung von Mündelgeldern zureichende Sicherheit erlangt wird. Sind Grundstücke in einem größeren, als dem vorbezeichneten Umfange mit der Zwangshypothek belegt worden, so kann der Schuldner verlangen, daß der Gläubiger einen entsprechenden Theil wieder freigebe.

### §. 57 (1132).

Noch vor rechtskräftiger Zuerkennung einer Forderung kann der Gläubiger, wenn die Voraussetzungen einer Arrestanlage vorliegen, bei dem für diese zuständigen Gerichte beantragen, daß zur Voll=

ziehung des Arrestes das Grundbuchamt um Eintragung einer Hypothek auf dem Grundeigenthume des Schuldners ersucht werde (Arresthypothek). Die Vorschrift des §. 56 findet auch hier Anwendung. Erfolgt demnächst die Zuerkennung der Forderung, so bleibt die Arresthypothek als Zwangshypothek bestehen.

§. 58 (1133).

Wird die Zwangsvollstreckung eingestellt oder der Arrest wieder aufgehoben, so erfolgt die Löschung der Hypothek — insofern nicht der Gläubiger selbst sie bewilligt — auf Ersuchen des nämlichen Gerichts, welches die Eintragung veranlaßt hat.

---

Zum Schlusse noch folgende Bemerkung. Von der größten Bedeutung für das ganze Grundbuchwesen ist die Frage über die Haftbarkeit für Versehen bei Führung der Bücher. In Preußen sind die bezüglichen Bestimmungen nicht in dem Hauptgesetze, sondern erst in der Grundbuchordnung (§. 29) gegeben worden, und danach wird vielleicht auch die Kommission dieselben für die Grundbuchordnung vorbehalten haben. Meiner Ansicht nach wäre es richtiger gewesen, sie schon im Gesetzbuche zu bringen; indessen ist dies ja eine untergeordnete Formfrage. Hoffen wir nun wenigstens, daß die Kommission auch darin dem preußischen Vorgange folgt, daß sie die eine so wohlthätige Sicherheit verbreitende subsidiäre Haftbarkeit des Staates für Fehler des Grundbuchrichters zu gemeinem deutschen Rechte zu erheben vorschlägt.

8.

# Zwei Studien zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich.

Von Landgerichtsrath **Grettner** in Cottbus.

---

## I. Der grundbuchmäßige Realkredit.

In Folge des veränderten, weiter und immer weiter blickenden Lebens- und Handelsverkehrs haben sich in Deutschland für diesen Realkredit mit der Zeit neue und mannigfaltige Formen entwickelt; die Grundsätze des römischen Rechtes sind fast überall gefallen, die Grundsätze des deutschen Rechtes wesentlich geändert worden.

Der nachstehende Aufsatz will nun versuchen darzulegen, welche von diesen Formen der Entwurf beseitigt und welche er beibehält und besonders, wie er letztere gestaltet. Als Vorbemerkung mag betont werden, daß der Entwurf auch hier — wie bei den übrigen Rechtstheilen — auf der hohen Warte steht, unbekümmert um Kirchthurmsinteressen, und daß er auch hier in den einschlägigen Vorschriften geleitet wird, einerseits durch eine streng juristische Auffassung und Durchführung, andererseits durch eine entsprechende Nachgiebigkeit und Abweichung, sobald die Befriedigung eines wirklichen Bedürfnisses in Frage kommt.

### A. Die aufgehobenen Formen.

§. 1. Das antichretische Pfandrecht oder die Form, nach welcher der Gläubiger in den Besitz und Genuß des Grundstücks gelangte, um sich auf diese Weise, sei es wegen seines Kapitals,

sei es wegen der Zinsen zu befriedigen (M. 628). Obgleich diese Form von den meisten Landesgesetzen — so im preußischen Landrecht, in der frankfurter Reformation, in der mecklenburgischen Hypotheken-Ordnung, im französischen Gesetzbuch, im badischen Landrecht — anerkannt wird, so handelt es sich dabei in der That um eine abgestorbene, von keinem Bedürfnisse getragene Einrichtung. Zwar können Gläubiger und Schuldner auch fernerhin ein solches Abkommen schließen und ausführen, dasselbe ist auch, selbst in mündlicher Form (§. 91) unter ihnen gültig und bindend; gegen dritte hat das Abkommen indessen unter keinen Umständen Rechtswirksamkeit, z. B. auch dann nicht, wenn der Richter dasselbe ins Grundbuch eintragen sollte; denn nach dem Entwurf ist die Zahl der dinglichen beziehungsweise begrenzten Rechte eine geschlossene, die Antichrese gehört nicht dazu und kann auch in Folge der Vertragsfreiheit nicht dazu erwachsen (M. 3).

Soweit die Antichrese beim Inkrafttreten des bürgerlichen Gesetzbuchs im Einzelfalle bereits besteht, wird ihre fernere Fortwirkung nach Abs. 106² des Einführungsgesetzes keinem Bedenken unterliegen.

§. 2. Die Geldrente. Dieselbe ist noch gebräuchlich in Hamburg, in Lübeck und — als Ewiggeld — in München (M. 631). Durch deren Beseitigung ist auch dem agrarischen Bestreben, den Hypothekenverkehr überhaupt und ausschließlich in eine ständige unkündbare Rente umzuwandeln, aufs Klarste entgegen getreten.

Kann hiernach die Geldrente nicht mehr als gewöhnliche Kreditform auftreten, so kann sie doch als Reallast und zwar nach Maßgabe der Landesgesetze begründet werden (§. 1051 u. Note dazu). Durch die letztgedachte Möglichkeit wird dort, wo ein lokales Bedürfniß für die Geldrente obwaltet, letzterem vollständig Genüge geleistet.

§. 3. Die Handfeste des bremer Rechtes (M. 631,16). Dieselbe ist mit der Bucheinrichtung und dem Eintragungsprinzip, auf welche der Entwurf sich stützt, entschieden unvereinbar. Außerdem wird der Handfeste Zweck — dem Eigenthümer zu ermöglichen, dem Werthe nach über sein Grundstück nach Bedürfniß sofort verfügen zu können — durch die im Entwurfe zugelassene Eigenthümergrundschuld genugsam erreicht.

§. 4. Die Revenüenhypothek (M. 633). Der Entwurf billigt grundsätzlich nur die Substanzhypothek, kennt also nicht mehr das Nutzungspfand an Liegenschaften, welches letzteres bekanntlich das Reichsgericht (E. 13, 223) in Preußen auch noch nach Erlaß des Eigenthumserwerbsgesetzes von 1872 als fortbestehend erachtete. Der Entwurf verneint mit Recht ein allgemeines Bedürfniß für diese Rechtsform, weist überdies auf die Verwickelungen hin, welche bei gleichzeitiger Beitreibung der Revenüen und Substanzhypothek entstehen können.

Mit ihrer Beseitigung ist folgeweise auch der Verzicht des Gläubigers bezüglich der Zwangsversteigerung — mag derselbe vor oder nach Bestellung der Hypothek erfolgen — als ungültig verworfen; denn anderenfalls würde eine solche Abrede zu einer verschleierten Revenüenhypothek führen und den Weg vorzeichnen, das Unzulässige auf mittelbare Weise zu erreichen.

Da dem Eigenthümer indessen unter Umständen, z. B. beim Familienfideicommisse, die Verfügung über die Substanz mangelt, so ist dem Einführungsgesetze vorbehalten, zu bestimmen, daß die Landesgesetze für solche Fälle die Revenüenhypothek zulassen können. Hinsichtlich dieser beschränkten Hypotheken bezw. Grundschulden trifft der Abs. 36 des Einführungsgesetzes die erforderliche Anordnung; dahin ist auch der im Entwurfe §. 871 Abs. 2 Satz 2 gedachte Fall zu zählen.

§. 5. Der Stellenvorbehalt (M. 737, 204). Dies Institut gilt in Bayern, Weimar, Mecklenburg und gewährt dem Eigenthümer, so lange die erloschene Hypothek nicht gelöscht ist, die Befugniß, deren Stelle zur Eintragung einer neuen Hypothek zu benutzen. Seine Verwerfung erscheint wohlbegründet, wenn man erwägt einerseits, daß ihre Beibehaltung mit den einschlägigen Hauptgrundsätzen des Entwurfs unvereinbar ist, andererseits, daß seine Funktion im Wesentlichen durch die zugelassene Eigenthümerhypothek erreicht wird.

§. 6. Hypothek ohne Eintragung (M. 601.) Die Hypothek kann nicht mehr durch letztwillige Verfügung, wie im Gebiete des römischen Pfandrechts, und ebenso wenig durch richterliches Urtheil oder Gesetz, wie im Gebiete des französischen Rechtes, zur Ent-

stehung gelangen. Das Eintragungsprinzip gestattet solche Ausnahmen nicht.

## B. Die zulässigen Formen.

Der Entwurf geht von vier Formen aus und bezeichnet sie als Hypothek ohne Hypothekenbrief, Briefhypothek, Sicherungshypothek, Grundschuld. Hiergegen möchten wir dreierlei erinnern. Für die zweite Form wählt bezw. führt der Entwurf eine sehr passende Bezeichnung ein; warum geschieht dies nicht auch für die erste, obgleich sich dafür eine ebenso angemessene in dem Ausdrucke „Buchhypothek" gleichsam von selbst aufdrängt? Wir meinen: je mehr technische und kurze Begriffe, um so besser. Zweitens ist es befremdlich, daß der Entwurf die Grundschuld nicht zum „Pfandrecht an Grundstücken" rechnet. Da der Grundschuldgläubiger die ihm schuldige Summe aus und nur aus dem Grundstücke beitreiben kann, so ist das Grundstück auch sein Pfand, seine Sicherheit, ebenso ist in der Person des zeitigen Grundstückseigenthümers ein Schuldner vorhanden, wenngleich kein persönlicher bezw. in dem Sinne, daß derselbe auch mit seinem anderweitigen Vermögen haftet. Weder nach den Subjekten noch nach dem Objekte fehlt etwas, um ein Pfandrecht auszuschließen. Hiernach ist im Entwurfe die Grundschuld ein Pfandrecht, aber ein modernes und selbständiges, nämlich mit der Abweichung, daß es sich als ein von dem oder einem Schuldgrund unabhängiges Vermögensrecht ausweist. Drittens halten wir die Behandlung der vier Formen in besonderen Kapiteln für entbehrlich, da das Gemeinsame überwiegt und das Unterscheidende sich daran kurz anschließen kann. Wir verweisen in dieser Beziehung auf das preußische Grundbuchrecht von 1872, in welchem alle diese Formen ebenfalls bereits Aufnahme gefunden haben. Mit anderen Worten: es scheint uns zwar nicht geradezu schädlich, aber doch unzweckmäßig, in Folge gewisser Unterschiede neue besondere Rechtsfiguren zu schaffen.

In formeller Hinsicht ist noch Folgendes vorweg zu bemerken. Aus der allgemeinen Bestimmung im §. 828 bezw. nach §. 1106 ist zu folgern, daß bei der Eintragung, Umschreibung, Belastung einer Hypothek, bei der Bildung eines Briefes jedesmal der zwischen den Betheiligten geschlossene Vertrag, also in Sonderheit die Annahme

des Berechtigten urkundlich vorliegen muß. Diese Erschwerung ist nicht beabsichtigt; das Grundbuchamt soll sich vielmehr mit der Erklärung des leidenden Theiles begnügen und soll diese Auffassung in der zu erwartenden Grundbuchordnung besonders zum Ausdrucke gebracht werden (M. 186, Note zu §. 828 unter c).

§ 7. Die Buchhypothek.

a. Allgemeines. Die Buchhypothek, deren Entstehung und Dasein nur durch die Eintragung im Grundbuch erfolgt und bezeugt wird, ist die Normal-Hypothek, die gewöhnliche, die Hypothek κατ᾽ἐξοχήν (vergl. §§. 1108, 1125[2]). Ein Dokument, ein Brief wird also nur auf Antrag, niemals von Amtswegen gebildet; die preußische Grundbuchordnung (§. 122) verordnete gerade das Gegentheil und war auch sonst der dokumentslosen Hypothek abhold (vergl. §. 129 a. a. O.). Dieser Standpunkt des Entwurfs ist zu billigen; die Motive — S. 618 — bemerken zutreffend:

„Die erforderliche Erklärung (sc. zur Erlangung des Briefes) ist so einfach, daß die Nöthigung zu ihrer Abgabe Niemanden belästigen, geschweige denn eine Störung im Verkehre hervorrufen kann. Die geringe Mühe, welche sie verursacht, wird nur die Notare und die Grundbuchämter treffen, aber weder von diesen, noch von jenen als eine Erschwerung der Geschäfte betrachtet werden. Mit der Ertheilung des Hypothekenbriefes von Amtswegen verbindet sich überdies die Unzuträglichkeit, daß weniger geschäftskundige Leute einen Hypothekenbrief erhalten, obschon sie ein Interesse an demselben nicht haben und, wenn ihnen ihr Recht zum Verzichte auf die Ausfertigung bekannt wäre, darauf verzichten würden, schon um dem Schuldner Kosten zu ersparen und sich selbst der Sorge um die Aufbewahrung der Urkunde überhoben zu sehen. Fälle, in welchen Hypothekenbriefe verloren gehen, sind durchaus nicht selten und die mit dem Aufgebote verbundenen Kosten und Weiterungen oft recht drückend. Es ist daher nicht unwahrscheinlich, daß auch da, wo jetzt der Hypothekenbrief von Amtswegen ertheilt wird, bei dem Erfordernisse einer hierauf gerichteten Erklärung eine solche häufig zum Vortheile der Betheiligten unterbleiben wird."

Aus der Begriffsbestimmung im § 1062 folgt, daß es nur Namenshypotheken, nicht auch Inhaberhypotheken giebt; als „be-

stimmte" Personen[1]) gelten indessen auch „die Kinder des N. N." — M. 641.

Vergleicht man die Begriffsbestimmung im §. 1062 und im §. 1135, so fällt der verschiedene Ausdruck für die Berechtigung des Grundschuldgläubigers und des Hypothekengläubigers auf, während Beiden ganz dasselbe Recht, nämlich wegen der Schuld Befriedigung aus dem Grundstück, also im Wege der Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung zu verlangen, gegeben ist (s. auch §. 1075). Diese Unebenheit, welche auf die abwegige Vermuthung einer verschiedenen Rechtsfolge führt, ist zu vermeiden. Wir schlagen deshalb vor, den §. 1135 konform mit dem §. 1062 dahin zu fassen:

> Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß eine bestimmte Person (Grundschuldgläubiger) berechtigt ist, wegen einer bestimmten Geldsumme Befriedigung aus dem Grundstücke zu verlangen (Grundschuld).

b. Uebertragung. Dieselbe erfolgt, mag sie auf Rechtsgeschäft, richterlicher Anordnung oder Gesetz beruhen, lediglich mittelst Eintragung bezw. Umschreibung im Grundbuch (§§. 1087, 1088. 1081). Eine Ausnahme — also Erwerb ohne Eintragung — tritt ein, falls der Eigenthümer des belasteten Grundstücks den Gläubiger befriedigt (§. 1094[4]); aber auch dann wirkt der Eintragungszwang insofern ein, als der Eigenthümer über die Post erst verfügen kann, wenn dieselbe vorher auf seinen Namen umgeschrieben worden war (§§. 1087, 828).

c. Das Einrederecht. Der Eigenthümer kann alle Einreden entgegensetzen, welche sich aus dem Grundbuche z. B. einer Vormerkung ergeben, oder welche sich auf ein zwischen ihm und dem klagenden Gläubiger abgeschlossenes Rechtsgeschäft beziehen. Im Uebrigen ist zu unterscheiden, ob dem Eigenthümer der Gläubiger, wider dessen Person die Einwendungen entstanden sind, oder ob ihm dessen Sondernachfolger gegenüber steht. Im ersten Falle kann der Eigenthümer alle Einwendungen geltend machen, welche das Bestehen der Hypothek oder der persönlichen Schuld ganz oder theil-

[1]) Auch für die Nachlaßmassen bezw. für die Erben des N. N. kann im Grundbuch eingetragen werden; der Gläubiger ist dadurch hinlänglich bestimmt. Vergl. Johow's Jahrb. Bd. 4 S. 184.

weise verneinen; ausgeschlossen ist aber die Berufung auf das Inventarrecht der Erben des persönlichen Schuldners, weil eine solche im klaren Widerspruche mit dem Zwecke der Hypothekbestellung stehen würde (§. 1084). Der Eigenthümer kann sonach seine Verurtheilung auch durch den Nachweis abwenden, daß bereits ein früherer Eigenthümer oder der persönliche Schuldner mit einem Gegenanspruch aufgerechnet hat (§§. 1084, 281, 282, M. 699). Im anderen Fall hängt die Zulässigkeit dieser Einreden von dem gleichzeitigen Nachweis ab, daß dem Gläubiger die Einredethatsachen beim Erwerbe bekannt waren, daß ihm also der gute Glaube des Grundbuchs, welcher die persönliche Schuld als wahr und richtig mitumfaßt, nicht zur Seite steht (§§. 1084, 1083). Die Motive Seite 701 bemerken zwar, daß die Bekanntschaft allein nicht genüge, um die gegen den Rechtsvorgänger begründeten Einreden dem Rechtsnachfolger entgegenzusetzen, daß vielmehr noch ein betrügliches Verhalten des letzteren hinzutreten müsse. Indessen wenn dem Rechtsvorgänger z. B. die Schuld bezahlt war, der Erwerber diese Thattsache kannte — also nicht etwa darüber nur Bedenken oder Zweifel hatte — so muß und kann bei ihm nur eine unredliche Absichunterstellt werden; dem von ihm erhobenen Anspruche steht dann der §. 837² entgegen.

Den Einwand der nicht erhaltenen Darlehnsvaluta kann sich der Eigenthümer nach §. 1085² auch dem dritten Inhaber gegenüber dadurch erhalten, daß er spätestens 30 Tage nach der Eintragung der Hypothek die Buchung einer desfallsigen Vormerkung bewirkt; hierzu genügt sein einfacher Antrag. Gemäß dem Wortlaute steht diese Befugniß jedem Eigenthümer zu, also ohne Unterschied, ob er der persönliche Schuldner ist oder nicht. Da diese Vorschrift für die Briefhypothek keine Geltung hat (§. 1111), da sie in einem großen Theile Deutschlands (Bayern, Sachsen, Württemberg, Mecklenburg) zur Anwendung kommt, da ferner die Vormerkung lediglich den Gebrauch der Einrede sichert, nicht aber den Eigenthümer des Beweises überhebt, also eine ganz andere Wirkung wie die Bestimmung im §. 738. I. 11. des preußischen Landrechts hat, so kann dieser dem Eigenthümer gewährte Schutz im Entwurfe nicht gemißbilligt werden. Der Exzipient wird übrigens nicht nur darzuthun haben, daß das Schuldbekenntniß in Erwartung der Zahlung

ausgestellt, sondern auch, daß das Darlehn weder damals noch später gezahlt worden ist (vergl. braunschw. Gesetz vom 27. Mai 1865, v. Gerber u. Ihering's Jahrb. Bd. II S. 445).

d. Die Beitreibung. Die Hypothek kann nur im Wege der Immobiliarexekution — durch Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung — beigetrieben werden (§. 1076). Dem Gläubiger wird also die Befugniß abgesprochen, die ihm mitverpfändeten Früchte und Zubehörstücke separat in Anspruch zu nehmen. Dies ist eine erhebliche Aenderung für Preußen, Mecklenburg, Hamburg; sie ist jedoch eine durchaus sachgemäße, da andernfalls — wie auch das praktische Leben bezeugt — der wirthschaftliche Bestand des Grundstücks wesentlich erschüttert und das Interesse aller Realbetheiligten, besonders der vorgehenden Hypothekarier bedeutend gefährdet werden kann. Der Inangriffnahme mittelst der Mobiliarpfändung steht aber nichts entgegen, wenn der Eigenthümer gleichzeitig als persönlicher Schuldner verurtheilt worden ist; denn das Verbot gilt lediglich für den dinglichen Anspruch (M. 678, 701). Die eben gedachte Motivenstelle S. 678 erwähnt aber weiter, daß die Bestimmung des preußischen Subhastationsrechts (§. 206[2] Ges. v. 13. Juli 1883), wonach jeder Hypothekarier der desfallsigen Mobiliarpfändung widersprechen beziehungsweise die Pfandstücke im Klagewege der Immobiliarmasse erhalten könne, ebenfalls aufgehoben sein solle. Dies können wir nicht billigen. Denn offenbar sind die Hypothekengläubiger — mittelbar somit auch der zu hebende Realkredit — ungemein gefährdet, wenn die Mobiliarexekution in diese oft sehr werthvollen Gegenstände durch einen persönlichen Gläubiger anstandslos mit voller Rechtswirkung stattfinden darf. Ein ausreichender Schutz wird den Hypothekengläubigern auch nicht durch die Vorschriften in den §§. 1072—1074 gewährt, wie die Motive meinen; denn auch der vigilanteste Hypothekengläubiger wird nicht leicht von der bevorstehenden, sondern erst von der erfolgten Pfändung Kenntniß erhalten und daher außer Stande sein, seine Beeinträchtigung auf Grund jener Paragraphen abzuwenden. Die Motive heben dafür ferner noch hervor, daß wie die geschäftliche Veräußerung des Inventars ꝛc. so auch die zwangsweise als wirksam anerkannt werden müsse. Nach der strengsten Rechtskonsequenz mag dies richtig sein, aber der Gesetzgeber hat ihr nicht ausschließlich zu

folgen, sondern Umstände und Bedürfnisse zu berücksichtigen und mit entscheiden zu lassen. Wir vertreten deshalb die Ansicht, daß, wenn man den Hypothekengläubigern nicht die im preußischen Gesetze gewährte Befugniß im vollen Umfange geben will, ihnen jedenfalls dasselbe selbständige Recht zu ertheilen ist, welches der §. 715 Nr. 5 C.=P.=O. dem Eigenthümer zuspricht, ein Recht, welches um so werthvoller sein wird, als der Eigenthümer erfahrungsmäßig, wenn er einmal stark verschuldet ist und wegen seines Vermögensstands gleichgültig wird, auf die erwähnte gesetzliche Wohlthat ausdrücklich oder stillschweigend zu verzichten pflegt. Nach dieser Richtung schlagen wir also eine Aenderung des Entwurfs vor.

§. 8. Die Briefhypothek. Dieselbe bezweckt — neben der geschäftlichen Entlastung des Grundbuchswesens — Erleichterung der Rechtsübertragung. Auch wird nicht verkannt werden, daß ihre Zulassung beziehungsweise Beibehaltung in diesem praktischen Zwecke seine vollständige Rechtfertigung findet.

Während der Entwurf für die Buchhypothek den Grundsatz aufstellt: nur der eingetragene Gläubiger ist Gläubiger, gilt für die Briefhypothek ein abweichender, nämlich: Gläubigerrechte hat, wer eingetragen oder des Eingetragenen nachweisbarer Sondernachfolger ist und den Brief besitzt. Dort ist die Umschreibung ein nothwendiger, hier ein freiwilliger, wenn auch mit gewissen Vortheilen (§§. 1117, 1118) verbundener Akt.

Aus diesem für die Briefhypothek geltenden Grundprinzip ergeben sich fast von selbst die 19 Vorschriften, welche in den §§. 1106 bis 1124 niedergelt und im Entwurf erheblich verkürzbar sind; so halten wir z. B. den §. 1113 (wegen §§. 1112, 294³, 1088² und §. 736 C.=P.=O.), den §. 1119 (wegen §§. 1096, 1109, 1087), den Absatz 2 des §. 1115 (wegen §§. 1112, 1114), den §. 1122 (wegen Selbstverständlichkeit) für überflüssig. Jene Vorschriften lassen erkennen, daß vom Legitimationspunkt abgesehen erhebliche Unterschiede zwischen beiden Hypothekenarten nicht bestehen.

Da das Recht des Gläubigers sich wesentlich auf das Innehaben des Briefes stützt — vergl. auch §. 1123, letzter Satz — so ist die Bestimmung im §. 1116, nach welcher dem Gläubiger der ganze Inhalt des Briefes, also einschließlich etwaiger Nachträge und

Vermerke selbst wenn das Grundbuch davon schweigt, mit Erfolg und als bekannt entgegengesetzt werden kann, als wohl begründet zu erachten.

§ 9. Sicherungshypothek. Dieselbe ist eine Buchhypothek (§. 1127) und bei der Eintragung im Grundbuch ausdrücklich als „Sicherungshypothek" zu bezeichnen (§. 1126). Der Sicherungshypothek ist eigenthümlich, daß auf sie die wichtigen §§. 1083, 1089 keine Anwendung finden, daß also der Eigenthümer jedem Gläubiger alle Einreden, welche der gesicherten obligatorischen Verbindlichkeit entspringen, ausnahmslos entgegenhalten kann (§. 1125); mit anderen Worten: das dingliche Recht ist und bleibt in allen Beziehungen abhängig von dem persönlichen. Daher kann bei dieser Hypothek eine Vormerkung zur Erhaltung von Einreden nicht eingetragen werden (§. 1085); sie wäre überflüssig. Daher kann in diesem Falle der Eigenthümer als solcher nicht kündigen, und ihm kann auch nicht gekündigt werden (§. 1127).

Es giebt 5 Unterarten der Sicherungshypothek.

1. Wenn die Betheiligten statt der gewöhnlichen Hypothek nur diese Form begründen zu wollen ausdrücklich erklären (M. 627). Dieses Wahlrecht auszuschließen, wäre, wie den Motiven beizupflichten ist, um so weniger angezeigt, als der öffentliche Glaube des Grundbuchs für einen großen Theil Deutschlands ein neues Axiom ist.

2. Soweit der Entwurf einen gesetzlichen Titel zur Hypothek anerkennt (siehe Note zur Ueberschrift von § 1062 und Art. 74 des Einführungsgesetzes), kann die darauf zu stützende Eintragung nur als Sicherungshypothek vermerkt werden.

3. Die Kautionshypothek. 4. Die Zwangshypothek. 5. Die Arresthypothek. Auf die drei letzten Arten ist wegen des hervorragenden Interesses näher einzugehen.

Was die Kautionshypothek anlangt, so ist hervorzuheben, daß nach §. 1129[4] die derselben zu Grunde liegende Forderung auch ohne das Hypothekenrecht abgetreten werden kann. Berechnet ist diese von dem §. 1086[2] abweichende Bestimmung, wie die Motive S. 768 erwähnen, lediglich auf die Uebertragung einer Einzelforderung vor Feststellung des Schlußguthabens. Das Bedürfniß für eine solche beschränkte Ausnahme muß nach den dortigen Ausführungen anerkannt werden; aber es ist ebenso wünschenswerth, wie

nothwendig, daß die Tragweite der Ausnahme in dem Gesetzestexte selber zum Ausdruck gelangt. Der Wortlaut geht augenscheinlich erheblich über das Beabsichtigte hinaus. Wir schlagen deshalb auch hier eine Aenderung in zweiter Lesung vor.

Was die Zwangshypothek betrifft (§. 1130), so sind wir vollständig damit einverstanden, daß dieselbe in Abweichung von dem preußischen Rechte nicht als gewöhnliche Hypothek, sondern als Sicherungshypothek Aufnahme gefunden hat. Die Begründung (M. 621) ist überzeugend. Aus derselben mag hervorgehoben werden, daß auf diese Weise eine Vereinfachung insofern eintritt, als andernfalls für gewisse Schuldtitel z. B. für vollstreckbare Urkunden, für vorläufig vollstreckbare Urtheile, eine vorläufige Eintragung gestattet und also die Anzahl der Belastungsformen noch vermehrt werden müßte. Durch diese Gestaltung wird ferner erreicht, daß auch im Falle der Weiterbegebung der Hypothek dem Schuldner bezw. Eigenthümer seine Einreden erhalten bleiben. „Das Vorhandensein solcher Einreden aber — bemerken die Motive S. 624 — ist durchaus nicht so selten. Man darf nicht übersehen, daß Einreden, welche nach der letzten mündlichen Verhandlung zur Entstehung gelangen, in der Exekutionsinstanz noch zuläßig sind, daß die Zwangsvollstreckung und folglich auch die Eintragung einer Hypothek nicht blos aus rechtskräftigen Urtheilen, sondern auch aus anderen vollstreckbaren Titeln stattfindet und daß die Vollstreckungsklausel aus verschiedenen Gründen von dem Gerichte zurückgenommen werden kann."

Jeder auf eine Geldforderung lautende vollstreckbare Schuldtitel, also auch ein Vollstreckungsbefehl — letzteres abweichend vom badischen Rechte, §. 26 Gesetzes vom 3. März 1879 — begründet den Antrag auf Eintragung. Der Antrag ist beim Grundbuchamte zu stellen, wenn die Landesgesetze dieserhalb nicht etwas anderes verordnen (§. 846 und Anmerkung dazu, sowie Art. 78 des Einführungsgesetzes). Ist die Vollstreckbarkeit von einer Sicherheitsleistung abhängig gemacht, so ist, bevor die Eintragung erfolgen kann, die Erfüllung dieser Leistung nachzuweisen (M. 772); damit wird auch die auffallende mit dem Reichsrecht im Widerspruche stehende Bestimmung (vergl. Bödiker's Magazin Bd. IV S. 63 und 288), welche das preußische Gesetz vom 13. Juli 1883 im §. 7 Absatz 2 enthält, für die Zukunft beseitigt. Stützte sich indessen die Eintragungsbewilligung

auf ein für vorläufig vollstreckbares Urtheil, so ist nur eine von der Rechtskraft bedingte Zwangshypothek zu intabuliren (§. 833).

Ist für den Gläubiger eine Korrealhypothek vermerkt und die so erlangte Sicherheit eine übermäßige, d. h. eine mehr als mündelmäßige (§. 203), so kann der Schuldner im Wege der Klage theilweise Löschung verlangen (§. 1131) — eine Bestimmung, welche, wenn auch nicht wörtlich, so doch sachlich dem in Preußen geltenden Recht entspricht (§. 6 a. a. O).

Die Arresthypothek endlich ist im Entwurf als Kautionshypothek geregelt. Die Motive S. 775 bemerken: „Die Arresthypothek unterscheidet sich von der Zwangshypothek wesentlich dadurch, daß bei ihr nicht wie bei dieser der Betrag der Forderung feststeht; sie fällt unter den Begriff der Kautionshypothek und unterliegt daher den Vorschriften des §. 1120 Abs. 3 und 4."

Diese Ausführung halten wir nicht für zutreffend. Die Forderung der Arresthypothek steht fest, allerdings nicht unanfechtbar, mit der Kraft einer rechtskräftigen Forderung, aber doch regelmäßig in glaubhafter Bescheinigung. Die Forderung ist auch nicht, wie bei der Kautionshypothek, unbestimmt in der Art, daß sie in der Folgezeit bald kleiner, bald größer werden, bald ganz aufhören kann. Außerdem ist der einzutragende Höchstbetrag für das Grundbuchamt schwer zu ermitteln; denn der vorsichtige Prozeßrichter wird in seinem Arrestbefehle bezw. in der nach §. 803 C.-P.-O. erforderlichen Schlußklausel nicht eine feste, runde Summe auswerfen, sondern ganz allgemein die Hinterlegung in Höhe des Anspruchs — welcher sich wegen des Zinsenlaufs täglich ändert, und wenn der Arrest lange Zeit hindurch angelegt bleibt, sehr erheblich wachsen kann — anordnen. Vor allem ist aber die Arrestvollziehung eine antizipirte Zwangsvollstreckung und mit letzterer aufs Nächste juristisch verwandt. Aus diesen Gründen würden wir die Arresthypothek auch innerlich mit der Zwangshypothek verbinden und vorschlagen, den §. 1132 dahin zu fassen bezw. abzuändern:

> Hat ein Gläubiger einen in die Grundstücke des Schuldners vollstreckbaren Arrestbefehl erwirkt, so kann er im Wege der Vollziehung des Arrestes verlangen, daß für seine Forderung eine Sicherungshypothek an den Grundstücken des Schuldners in das Grundbuch eingetragen

werde (Arresthypothek). Auf diese Arresthypothek finden die Vorschriften des §. 1130 Abs. 2 und des §. 1131 entsprechende Anwendung.

Unter allen Umständen liegt aber auch nicht das geringste Bedürfniß vor, die immerhin abnorme Vorschrift des §. 1129[4] (siehe vorstehend unter Kautionshypothek) auf die Arresthypothek zu übertragen, wie dies der Entwurf ausspricht.

§. 10. Grundschuld.[1]) Im Entwurf entspricht die Grundschuld — gewissermaßen der Wechsel für den Immobiliarverkehr — im Wesentlichen dem geltenden Recht. Auch hier liegt — abgesehen von der für den Eigenthümer von Haus aus eingetragenen Grundschuld — eine persönliche Schuld unter, aber letztere bildet keine rechtliche Seite derselben. Die persönliche Schuld kommt bei der Grundschuld überhaupt nicht in Frage.[2]) Hieraus erklärt sich der für die Grundschuld gebräuchliche, auch in den Motiven vielfach angewendete Ausdruck der „selbständigen" Hypothek. Hieraus erklärt sich ferner, daß hier das Einrederecht — auch dem ursprünglichen Gläubiger gegenüber — lediglich auf die dingliche Seite, auf das Entstehen und Bestehen des dinglichen Rechtes beschränkt ist.

Da für die Grundschuld ebenfalls ein Brief — der Grundschuldbrief — gebildet werden muß, so ergiebt sich daraus gleichsam von selbst, auch wenn es nicht zum besondern Ausdrucke gekommen wäre, daß die für die Briefhypothek gegebenen Vorschriften auf die Grundschuld entsprechende Anwendung finden, also insoweit gelten, als sie nicht mit dem persönlichen Rechte zusammenhängen oder als nicht etwas Abweichendes besonders verordnet ist (§. 1136). Was

[1]) Opitz, Gutachten S. 38 sieht in der Zulassung der Grundschuld sogar die Begünstigung „einer Raubwirthschaft". Wir in Preußen, wo dies Institut seit 17 Jahren Geltung hat, wissen von einer solchen Begünstigung nichts. Opitz ist indessen nach der These V (S. 64) überhaupt gegen alle Kreditformen des Entwurfs, soweit sie von seinem heimathlichen, dem sächsischen Recht abweichen!

[2]) Deshalb kennt der Entwurf auch keine Sicherungsgrundschuld; die Bezugnahme auf ein vorhandenes obligatorisches Rechtsverhältniß widerspricht dem Wesen der Grundschuld. Demgemäß ist auch der von Koch — Geld- und Werthpapiere S. 13 — erhobene Vorwurf: „warum die Grundschulden nur verpfändet, nicht direkt mit entsprechender Nebenabrede zur Sicherheitsleistung bestellt werden dürfen, ist freilich nicht abzusehen", als unbegründet zu erachten.

die analoge Anwendung betrifft, so führen die Motive S. 782 aus, daß der §. 1110, welcher lautet:

> Ist der Hypothekenbrief bei der Ertheilung nach den Vorschriften der Grundbuchordnung dem Eigenthümer des belasteten Grundstücks auszuhändigen, so kann der Beweis der Entstehung der Forderung von dem Gläubiger, so lange dieser nicht Inhaber des Hypothekenbriefs ist, durch die Eintragung der Hypothek in das Grundbuch und durch den Hypothekenbrief nicht geführt werden.

nicht darunter falle, also bei der Grundschuld ausgeschlossen sei. Dies ist an sich zutreffend, wenn man erwägt, daß der allegirte Paragraph von dem Erweise der Entstehung der Forderung handelt. Aber etwas Aehnliches, dem Zwecke nach Gleiches für die Grundschuld auszusprechen erachten wir, wenn der Eigentümer nicht gefährdet sein soll, für entschieden nothwendig. Die Motive verkennen auch diese Gefahr nicht, bemerken indessen S. 783:

„Das einfachste Mittel zum Schutze gegen die in Rede stehende Gefahr liegt in der Hand des Eigenthümers selbst. Es besteht darin, daß er die Grundschuld gemäß §. 1142 auf seinen Namen eintragen läßt und dann dieselbe überträgt. Dem praktischen Bedürfnisse wird durch dieses Mittel vollständig genügt."

Wir möchten dem widersprechen. Als „einfachstes" Sicherungsmittel kann die Grundschuld auf eigenen Namen schon um deshalb nicht angesehen werden, weil dadurch doppelte Mühen und Kosten, ja vielleicht ganz unnütze verursacht werden; man denke in letzterer Beziehung z. B. an den Fall, daß der Eigenthümer schließlich einen Gläubiger findet, dieser aber einen Hypothekenbrief will und auf den persönlichen nexus besonderes Gewicht legt. Wir sehen ferner nicht ein, warum, obgleich der Entwurf auch bei der Briefhypothek davon ausgeht, daß die Hypothek mit der Eintragung vollendet ist, und dennoch die Ausnahme zuläßt, daß der Gläubiger dieselbe erst mit der Aushändigung des Briefes erwirbt und als Berechtigter auftreten kann, eine gleiche Ausnahme aus gleichem Grund und Bedürfnisse nicht auch bei der Grundschuld zutreffen soll. Es wird keinem Eigenthümer einleuchtend sein, daß, trotzdem er sich den Grundschuldbrief hat aushändigen lassen und trotzdem der Brief wohlverwahrt in seinem Geldschranke liegt, der nominelle, im Grund-

buch eingetragene Gläubiger ein Klagerecht habe und ihn, den Eigenthümer, mindestens in eine nachtheilige Beweisposition bringen könne. Wir sind deshalb für die Aufrechterhaltung, beziehungsweise Herübernahme der im §. 20 des preußischen Gesetzes von 1872 enthaltenen Vorschrift und schlagen, um einen neuen Paragraph bei der Grundschuld zu vermeiden, vor, den §. 1110 dahin zu ändern, daß für „Hypothekenbrief" einfach „Brief" und statt „Forderung" — „Recht" eingestellt wird.

In dieser Fassung wird seine analoge Anwendung bei der Grundschuld, die wir für geboten erachten, keinem Bedenken unterliegen.

Die Grundschuld unterscheidet sich ferner von der Brief- bezw. Buchhypothek durch Folgendes:

1. Die Kündigungsfrist wird, wie bei jenen, nicht eingetragen. Ist eine solche nicht verabredet, so tritt die gesetzliche ein, welche 6 Monate beträgt (§§. 1064, 1139). Eine kürzere (vergl. §. 457) wäre wider den vermuthlichen Willen der Betheiligten.

2. Ist von den Betheiligten der Zahlungsort nicht bestimmt worden, so ist die schuldige Summe am Sitze des Grundbuchamts — nicht etwa am Orte, wo der Eigenthümer zur Zeit der Entstehung der Schuld wohnte — zu entrichten (§. 1139); dies entspricht dem letzten Satze im §. 229 (M. 789).

3. Bedingte und betagte Grundschulden sind, weil die Bedürfnißfrage zu verneinen, ausgeschlossen (§. 1137).

Der Entwurf verwirft endlich als unpraktisch bezw. bedenklich die bei Grundschulden vorkommenden Zinsquittungsscheine, die Blankoabtretungen, Institute, welche besonders dem preußischen Grundbuchrechte bekannt sind. Was diese Abtretungen anlangt, so bemerken die Motive S. 784 zutreffend:

„Klar aber ist ohne Weiteres, daß der Grundschuldbrief, wenn er in blanco abgetreten wird, hierdurch thatsächlich die Bedeutung einer Schuldverschreibung auf Inhaber annimmt, so daß die Bedenken, welche der Freigebung dieses Instituts entgegenstehen, auch die Blankoabtretung treffen. Wird hiergegen eingewendet, daß auch der Wechsel in blanco girirt werden könne, so wird übersehen, daß die Wechselforderung, wenn auch ebenso abstrakt wie die Grundschuld, doch im Uebrigen von dieser sich wesentlich unterscheidet. Denn

während die Wechselsumme regelmäßig binnen kurzer Zeit zahlbar wird und Zinsen von ihr nicht zu entrichten sind, ist die Grundschuld auf die Dauer berechnet, daher meist verzinslich und erst nach erfolgter Kündigung zahlbar."

§. 11. Eigenthümerhypothek und Eigenthümergrundschuld. Wenn der Eigenthümer, welcher nicht zugleich persönlicher Schuldner ist — wohin bis zur Genehmigung des Gläubigers auch derjenige eingetragene Besitzer zu rechnen, welcher die Hypothek in partem pretii übernommen hat, §§. 318², 315; M. II S. 148 — den Hypothekengläubiger befriedigt, so erwirbt der Eigenthümer dadurch Forderung und Hypothek (§. 1094² u. ⁴) und hat also nach beiden Richtungen die Rechtsstellung eines Cessionars. Der Eigenthümer wird zwar Eigenthümer der Hypothek, aber er hat keine Eigenthümerhypothek. Befriedigt dagegen der Eigenthümer, welcher auch persönlicher Schuldner ist, den Gläubiger, so erlischt damit für immer die persönliche Schuld, der Eigenthümer erwirbt nur das dingliche Recht oder eine Eigenthümerhypothek im Sinne des Entwurfs. Die Eigenthümerhypothek ist also, obgleich sie äußerlich als Hypothek fortdauert, in Wahrheit eine Grundschuld. Denn wenngleich die Motive S. 729 bemerken:

> Die Eigenthümerhypothek ist unbestreitbar in verschiedenen Punkten wie eine Grundschuld zu behandeln. Immerhin aber vermag sie ihren Ursprung nicht völlig zu verleugnen; sie bleibt Hypothek, wenn auch mit der besonderen Qualifikation, daß gegen ihre Geltendmachung die Einrede, die Forderung sei erloschen, ausgeschlossen ist. Der Entwurf zieht es deshalb vor, die Eigenthümerhypothek besonders zu regeln.

so ist diese Auffassung als richtig wohl kaum anzuerkennen. Die Eigenthümerhypothek wird im Entwurfe nicht nur in einzelnen, sondern in allen Punkten und jedenfalls im Hauptpunkt als Grundschuld behandelt und wie diese als rein dingliches Recht gestaltet.

Die Eigenthümerhypothek unterscheidet sich von der Grundschuld nur formell insofern, als auch nach erfolgter Weiterbegebung kein Grundschuldbrief vorliegen wird, nämlich entweder gar kein Brief, wenn die befriedigte Post eine Buchhypothek war, oder ein für die

Rechtswirkung bedeutungsloser Hypothekenbrief, wenn die Post eine Briefhypothek war.

Ein zweiter Fall für das Entstehen der Eigenthümerhypothek tritt sodann noch ein, wenn der Gläubiger das Grundstück erwirbt oder wenn die Hypothek auf andere Weise wie durch Befriedigung, z. B. durch Erbfall, Schenkung, auf den Eigenthümer übergeht (§. 1097).

Der Eigenthümer kann als Inhaber der Eigenthümerhypothek nicht gegen sich selber klagen, und insoweit ruht sein Recht. Dagegen kann er die Post bei der durch Dritte eingeleiteten Immobiliarexekution für sich liquidiren (§§. 1076, 1099), so daß der darauf entfallende Betrag nicht etwa wie nach sächsischem und mecklenburgischem Rechte der Grundstücksmasse bezw. dem Nachhypothekarier zu Gute kommt (M. 678—733).

Ueberträgt der Eigenthümer die Hypothek weiter, so geht folgeweise das, was ihm zustand, also nur das dingliche Recht über, die früher damit verbundene Forderung wacht nicht wieder auf. Diese sehr erhebliche Abweichung von dem in Preußen geltenden Rechte (siehe Entsch. des Obert. Bd. 5 S. 51, Bd. 81 S. 31, Entsch. des Reichsg. Bd. 2 S. 206, Bd. 5 S. 323) erachten wir mit den Motiven S. 728 für ebenso nothwendig wie praktisch.

Die Eigenthümerhypothek findet auf die Sicherungshypothek — oben §. 9 — keine Anwendung; es fehlt dazu an einem Bedürfnisse (§. 1128, M. 766). Dagegen succedirt der die Sicherungshypothek bezahlende Eigenthümer, welcher nicht zugleich persönlicher Schuldner ist, in die Post — was eine Hervorhebung verdient, weil nach preußischem Rechte (§. 67 E. E. G.) auch in diesem Falle der Rechtsübergang ausgeschlossen war. Diese Abweichung begründen die Motive zutreffend dahin — S. 766:

„Juristisch ist es, auch wenn die Hypothek im Sinne des römischen Rechtes aufgefaßt wird, ganz unbedenklich, daß der Eigenthümer, welcher den Gläubiger befriedigt, hierdurch dessen Forderung erwirbt. Die Billigkeit spricht ebenfalls dafür, daß die Forderung und mit ihr die Hypothek bestehen bleibt. Wollte man an die Befriedigung des Gläubigers den Untergang der Rechte desselben knüpfen, so würde der Vortheil hiervon den gleich- oder nachstehenden Gläubigern zu Gute kommen, der Eigenthümer aber viel-

leicht gar nicht im Stande sein, mit Erfolg sich an den gewesenen Schuldner zu halten."

Befriedigt der Eigenthümer den Grundschuldgläubiger oder vereinigen sich beider Eigenschaften in einer und derselben Person, oder läßt der Eigentümer ursprünglich eine Grundschuld auf seinen Namen eintragen, so entsteht die Eigenthümergrundschuld (§§. 1136, 1108, 1094, 1142), welche Bezeichnung übrigens im Entwurfe nicht gebraucht wird. Ihr rechtlicher Inhalt stimmt mit dem der Eigenthümerhypothek überein.

§. 12. Umwandlung der Kreditformen. Eine Buchhypothek kann in eine Briefhypothek, die Briefhypothek in eine Buchhypothek, die Grundschuld in eine Hypothek — mit und ohne Brief — umgewandelt werden (§§. 1106, 1107, 1144). Zu dieser Novation ist ein darauf bezüglicher Vertrag zwischen dem Eigenthümer und dem Gläubiger sowie die Eintragung der Umwandlung im Grundbuch erforderlich; bei Korrealhypotheken müssen überdies alle Eigenthümer zustimmen (§. 1071, M. 343).

Eben diese Voraussetzungen gelten auch für die Umwandlung einer Hypothek in eine Grundschuld und einer Sicherungshypothek in eine Hypothek (§§. 1144, 1134); in diesen Fällen tritt aber als weitere Bedingung noch hinzu, daß auch die vertragsmäßige Zustimmung der dem Gläubiger im Range gleich- oder nachstehenden Realberechtigten verlangt wird; deren Zuziehung ist unbedingt berechtigt und nothwendig, da deren Rechtsstellung in Folge der Umwandlung sich ungünstiger gestalten kann (M. 795, 776).

Obgleich der Entwurf und die Motive darüber schweigen, so muß es unter gleichen Voraussetzungen auch für statthaft erachtet werden, die Sicherungshypothek in eine Grundschuld umzuwandeln. Denn da dies, falls die Betheiligten einig, auf einem Umwege bezw. durch eine doppelte Umwandlung zu erreichen ist, so wird auch der kürzere Weg — die unmittelbare Umwandlung — keinem Bedenken unterliegen.

Für die Uebergangszeit mag noch auf die gesetzliche Umwandlung, welche die Art. 112 und 113 des Einführungsgesetzes erwähnen, hingewiesen werden.

---

## II. Das Vormundschaftsrecht, insbesondere mit Rücksicht auf die preußische Vormundschaftsordnung.

Das Vormundschaftsrecht ist als Theil des Familienrechts im vierten Buch abgehandelt. Als Vorbild diente dem Entwurfe die preußische Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 und zwar im ganz eminentem Sinne, nicht etwa nur in der Bedeutung, wie seiner Zeit das deutsche Strafgesetzbuch sich an das preußische anlehnte. Denn Grundverschiedenheiten zwischen dem Entwurf und der Vormundschaftsordnung bestehen überhaupt nicht; vielmehr muß gesagt werden, daß jener diese adoptirt und sich auf eine Wiederholung des preußischen Rechtes — verbunden mit einer Anzahl Abänderungen — beschränkt hat. Dieser Standpunkt des Entwurfs ist bei unbefangener Betrachtung unanfechtbar, ist auch, soviel uns bekannt, nicht angefochten, sondern allseitig gebilligt und befürwortet worden. Die fast zur Gleichheit gesteigerte Aehnlichkeit beider Gesetzeswerke zeigt sich auch im Aeußeren, in der Eintheilung mit der Maßgabe, daß der Entwurf zur besseren Klarlegung einzelne Materien — die befreite Vormundschaft, die Verbindlichkeit zwischen Vormund und Mündel, den Waisenrath — in besonderen Kapiteln bespricht.

Was jene Abänderungen betrifft, so sind dieselben doppelter Art, indem sie theils auf der Anwendung einer festen, genauen, logischen Sprache beruhen, in Folge dessen verschiedene Vorschriften der Vormundschaftsordnung als selbstverständlich ausscheiden konnten, theils wirkliche, materielle Nova enthalten, welche sich nicht zum geringsten Theil auf die in Preußen seit 13 Jahren gesammelten Erfahrungen stützen. Zu der ersten Kategorie gehören z. B. §. 65² (M. 1094); §. 37 (M. 1097); §. 65¹ (M. 1201); §. 69² (M. 1189); §. 34 (Zubilligung eines Honorars seitens des Erblassers, M. 1183); §. 49 (M. 1177); §. 95³ (M. 1166); §. 80¹ (M. 1225); §. 86² (M. 1654); §. 83 Absatz III Satz 2 (M. 1258) der Vormundschaftsordnung; diese Bestimmungen gelten also fort, trotzdem sie in dem Entwurfe keine Aufnahme gefunden haben. Die Erörterung der anderen Kategorien soll hier unter Hinweis auf die Motive Band 4 erfolgen; es sollen sodann die Bedenken angeschlossen werden, welche wir gegen einzelne Bestimmungen des Entwurfs haben.

## A. Vergleichender Theil.

1. Der Entwurf regelt das formelle Vormundschaftsrecht nicht. Selbstredend schließt dies nicht aus, daß der Entwurf einzelne Vorschriften über das Verfahren enthält, wie dies z. B. aus §§. 1639, 1721, 1722 ersichtlich wird. Dahin ist auch §. 2061 zu rechnen, welcher anordnet, daß für die Nachlaßpflegschaft der Nachlaßrichter also nicht der Vormundschaftsrichter zuständig ist. Diese Erledigung der Streitfrage (s. Johow Jahrb. Bd. 3 S. 69 u. Bd. 4 S. 98; Dernburg §. 216 Anm. 71) und zwar in Uebereinstimmung mit dem preußischen LR. (§. 741. I. 9) und dem sächsischen B.G. (§. 2247) ist unseres Erachtens umsomehr zu billigen, als nach dem Entwurfe die vormundschaftliche Thätigkeit landesgesetzlich auch anderen wie richterlichen Beamten übertragen werden kann (M. 1009; Art. 91 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zum Entwurf).

2. Die Anzahl der Vormundschaften vermindert sich sehr erheblich. Die Vormundschaft galt als Ersatz der väterlichen Gewalt; nach dem Entwurfe, welcher diese Gewalt nicht kennt, ist sie Ersatz der elterlichen Gewalt, bei deren Wegfall erst eine Schutzbedürftigkeit als vorhanden angenommen wird (§. 1663). Die Mutter vaterloser Kinder ist aber, so lange sie nicht wiederheirathet (§. 1558), Inhaber der elterlichen Gewalt (§§. 1501, 1557²), unter Umständen hat sie diese Gewalt sogar bei Lebzeiten des Vaters (§§. 1555, 1559, 1564).

Als nothwendige Folge dieses familienrechtlichen Prinzips ergiebt sich nicht nur eine bedeutende Verringerung der einzuleitenden Vormundschaften, sondern auch eine umfangreiche Einstellung der schwebenden Vormundschaften. Denn in letzter Beziehung ist es selbstverständlich, daß mit dem Geltungstage des Bürgerl. Gesetzbuchs auch die elterliche Gewalt in Wirksamkeit tritt, und für die Fortführung jener Sachen jeder Grund fehlt (vergl. Art. 128 des Einführungsges.). Von einem wohlerworbenem Rechte des Vormunds — des gewöhnlichen oder befreiten — kann nicht die Rede sein, ebensowenig davon, daß der zeitige Vormund bei etwaiger Einwilligung der Mutter das Amt fortführen dürfte; denn die Einwilligung wäre rechtlich nichts weiter, wie ein Verzicht auf die elterliche Gewalt, nach §. 1561 also die Erklärung eines ungültigen Aktes.

3. Ein gesetzlicher Vormund ist dem Entwurf unbekannt.

Somit ist das Bestellungsprinzip durchgreifend. Von diesem Prinzip ist jedoch insofern eine Ausnahme gemacht (Note zu §. 1634 und Art. 79 des Einführungsges.), als es den Landesgesetzen im Sinne des Art. 3 a. a. O. gestattet ist, zu bestimmen, daß der Vorstand näher bezeichneter Verpflegungsanstalten kraft Gesetzes die Eigenschaft als Vormund ohne Weiteres habe. Dieser Vorbehalt, der sich an §. 13 Vormundschaftsordnung anlehnt, ist wohl im Allgemeinen unschädlich; aber erwärmen können wir uns für denselben nicht, und zwar nicht blos, weil wir den Landesgesetzen so wenig wie möglich überlassen möchten, sondern vor Allem, weil für diese Ausnahme trotz der gegebenen Begründung (M.1038) unseres Erachtens ein irgendwie ernstliches Bedürfniß durchaus mangelt.

4. Auch den berufenen Vormund (§. 1635) kann der Richter selbständig, also ohne vorgängige Anrufung des Beschwerdegerichts übergehen. Dies folgt aus der Fassung des §. 1637[1]. Die Motive S. 1058 rechtfertigen diese sachgemäße Aenderung des §. 18[2] Vormundschaftsordnung dahin:

„Eine derartige Bestimmung (d. h. die der Vormundschaftsordnung) empfiehlt sich indessen nicht, theils weil sie im Allgemeinen eine disharmonische ist, theils weil sie den Anschein eines ungerechtfertigten, mit dem Geiste der Gerichtsbarkeit nicht wohl vereinbaren Mißtrauens in die ordentlichen Gerichte erweckt, zu welchem in diesem speziellen Falle doch kein stärkerer Grund vorliegt, als in anderen nicht minder wichtigen Fällen.“

5. Nach dem Entwurfe kann der berufene Vormund die Uebernahme des Amtes beliebig und ohne jede Rechtsnachtheile verweigern (§. 1639 „ausgewählt“); dasselbe gilt von demjenigen, der Mitvormund werden soll (§. 1643 Nr. 7). Dort ist maßgebend gewesen, daß die Berufung lediglich als Recht, als res merae facultatis anzusehen ist (M. 1063); hier ist die Unbilligkeit erwogen, jemanden zu einer gemeinschaftlichen, nach §. 1090 auf gegenseitiger Verantwortung beruhenden Amtsführung zu zwingen (M. 1073). Die Vormundschaftsordnung (§§. 20, 23) machte diesen Unterschied nicht, sondern richtete die angedrohten Rechtsnachtheile gegen jeden Vormund.

Der Entwurf erweitert die Rechtsnachtheile insofern, als er dem Mündel auch ein Recht auf Schadensersatz zuspricht und dadurch

zu erkennen giebt, daß die Verpflichtung zur Uebernahme nicht blos als eine publizistische, sondern gleichzeitig als eine privatrechtliche Pflicht gedacht ist. Zur Begründung dieser ziemlich allgemein, auch nach preußischem Landrechte (§. 204 II. 18) geltenden Vorschrift (§. 1639 Satz 2) wird Folgendes ausgeführt (M. 1064):

„Wenngleich der hier fraglichen Vorschrift eine große praktische Bedeutung nicht zukommen mag, so empfiehlt sich dieselbe doch mit Rücksicht auf das Interesse des Mündels, wenn im besonderen Falle der Beweis geführt werden kann, daß dem Mündel aus der Verletzung der in Rede stehenden Verbindlichkeit ein bestimmter Schaden erwachsen ist, sowie von dem Gesichtspunkte aus, daß die Vorschrift sich als eine angemessene Ausgleichung zwischen dem Bestellungsprinzipe des Entwurfes und dem Standpunkte derjenigen Rechte darstellt, nach welchen die Pflicht des Vormundes bereits mit der Berufung zur Vormundschaft beginnt. Auch wird die Vorschrift im Allgemeinen dazu beitragen, grundlose Weigerungen zu vermindern."

6. Hinsichtlich der Vertretungsbehinderung des Vormundes bringt der §. 1651 insofern Neues, als er die Fälle, in denen seine Vertretung aufhört, genauer aufzählt, während die Vormundschaftsordnung sich mit der ganz generellen Klausel im §. 86 begnügte. Dieser Vorgang ist umsomehr angezeigt, als der Entwurf das secum contrahere anerkennt (§§. 45[1], 805[2]).

Der spezielle Inhalt des §. 1651, besonders unter 3, ergiebt ferner, daß das Verbot der Vormundschaftsordnung (§. 40[2]), wonach der Vormund eine auf seinem Grundstück eingetragene Forderung für den Mündel nicht erwerben darf, aufgehoben ist. Die Motive S. 1052 bemerken, daß im Falle wirklicher Besorgniß die Hülfe aus §. 1651 Nr. 4 ausreichend ist, und ferner, „gegen die Aufnahme einer solchen Vorschrift, welche zudem nur den Charakter einer Ordnungsvorschrift hat, spricht indessen, daß dieselbe eine kasuistische ist, und daß man für alle Fälle, in welchen ähnliche Kollisionen der Interessen eintreten, den Vormund doch nicht in gleicher Weise beschränken kann."

7. Der Wirkungskreis des Gegenvormunds erschöpfte sich nach der Vormundschaftsordnung in der Aufsichtspflicht über das Mündelvermögen; nach dem Entwurf erstreckt sich seine Aufsicht auch auf die persönlichen Verhältnisse des Mündels, auf die

pflichtmäßige Führung aller Mündelangelegenheiten überhaupt (§. 1654, M. 1034 — §. 31 Vormundschaftsordnung).

Diese Neuerung ist ebenso zu billigen, wie die andere, daß bei einer nicht erheblichen Verwaltung die Bestellung eines Gegenvormundes unterbleiben kann (§. 1647²). Damit ist die Streitfrage, zu welcher der §. 26² der Vormundschaftsordnung bezw. das dort befindliche kategorische „muß" Veranlassung gab, beseitigt.

8. Anlegung der Mündelgelder. Dieselbe hat nach §§. 1664, 1665 zu erfolgen; im Vergleiche mit §§. 39, 60 Vormundschaftsordnung ergeben sich folgende Unterschiede:

a) Das Vormundschaftsgericht kann jede andere Anlegung genehmigen (§. 1667, M. 1120).

b) Nur deutsche, nicht außerdeutsche Hypotheken darf der Vormund erwerben (§. 1664 Nr. 1).

c) Auch eine dauernde Anlegung in Sparkassenbüchern ist unter Umständen, z. B. wenn das Vermögen ein geringes oder zum Unterhalt bestimmt ist, gestattet (§. 1664 Nr. 5, M. 1174). Koch — Geld- und Werthpapiere S. 51 in den Bekker-Fischer'schen Beiträgen — will, nach Vorgang der Vormundschaftsordnung, nur eine vorübergehende Anlegung bei öffentlichen Sparkassen zulassen, den Fall des §. 1664 Nr. 5 also unter §. 1665 einreihen. Wir können seine vorgebrachten Bedenken nicht theilen, besonders nicht die Befürchtung, der Vormund werde aus reiner Bequemlichkeit gerade diese Anlegung vorzugsweise wählen. Das entspräche der ihm obliegenden Sorgfalt eines guten Hausvaters (§. 1696) jedenfalls nicht und würde ihn folgeweise verantwortlich machen.

d) Gewisse Werthpapiere hat der Vormund ohne Weiteres zu hinterlegen, so daß er dann über dieselben nur mit Genehmigung des Gerichts verfügen darf (§§. 1670, 1671).

9. Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (§. 1674). Sie wird in mehreren Fällen erweitert (a, b, c) und in einem Falle (d) eingeschränkt.

a) Zu allen Miethsverträgen und Pachtverträgen — also gleichgültig, ob der Vormund miethet oder pachtet, oder vermiethet, oder verpachtet, und welcher Art der Vertragsgegenstand ist — sowie zu allen Geschäften, welche für den Mündel die Verpflichtung zu wiederkehrenden Leistungen begründen, wird, wenn sie länger als

ein Jahr über den Volljährigkeitstermin hinaus gelten sollen, die Zustimmung der Obervormundschaft erforderlich (§. 1674[6]). Die Vormundschaftsordnung (§. 42[7]) verlangte die Genehmigung nur bei Vermiethung und Verpachtungen der Grundstücke des Mündels und setzte den kritischen Zeitpunkt in die Volljährigkeit selber. Fehlt die Genehmigung, so ist nach §. 1681[2] der ganze Vertrag unwirksam (M. 1142), es sei denn, daß die Kontrahenten nachweislich etwas Anderes gewollt haben.

b) Zu allen wichtigen Verpachtungen von Mündelgrundstücken ist wie nach der Vormundschaftsordnung so nach dem Entwurf der richterliche Konsens nothwendig. Die Vormundschaftsordnung regelt indessen die Wichtigkeit nach dem Grundsteuerreinertrage (§. 49[7]), der Entwurf hingegen, da ein solcher Ertrag nur einen rein formalen Maßstab gibt und in manchen Staaten fehlt, nach der Beschaffenheit des Pachtgegenstands (Landgut und mehrere zum landwirthschaftlichen Betriebe verbundene Grundstücke — §. 1674 Nr. 7). Ueberdies verlangt der Entwurf die Genehmigung auch bei der Verpachtung eines gewerblichen Betriebs.

c) Die Genehmigung wird ferner noch erfordert zur Ausstellung von Schuldverschreibungen, die auf den Inhaber lauten oder durch Indossaments übertragbar sind (§. 1674 Nr. 9 und §. 42[10] Vormundschaftsordnung) sowie zu Rechtsgeschäften, durch welche eine dem Mündel bestellte Sicherheit ganz oder theilweise aufgehoben wird (§. 1674 Nr. 13 und §. 41[3] Vormundschaftsordnung).

d) Nach der Vormundschaftsordnung (§. 42[5]) durfte der Vormund die Theilungsklage, deren Gegenstand unbewegliche Sachen waren, nur mit obervormundschaftlicher Autorisation anstellen; diese Genehmigung fällt nach §. 1676, indem der Entwurf die Klageanstellung nicht als Veräußerung ansieht, künftig hinweg (M. 1148).

10. Haftung des Vormundschaftsrichters. Die Vormundschaftsordnung übergeht, der Entwurf regelt dieselbe in einer besonderen Vorschrift (§. 1702). Aus dem Schweigen der Vormundschaftsordnung folgt, daß die für Beamte gegebenen allgemeinen Grundsätze auch auf ihn anzuwenden sind; mit letzterer Anschauung stimmt auch der Entwurf überein. Aber der Entwurf hat andere desfallsige Grundsätze bezw. bestimmt Folgendes: falls keine uner-

laubte Handlung des Vormundschaftsrichters in Frage steht (§. 704), haftet derselbe, bezw. dessen Erben nur dem Mündel — nicht auch einem Dritten — für jedes bei der Amtsführung begangene Versehen, und zwar ohne Weiteres, nicht etwa blos subsidiär (§. 736 [1 u. 2], M. 1190). Allerdings wird im Geltungsgebiete des preußischen Landrechts der Vormundschaftsrichter — wegen Artikel 55 des Einführungsgesetzes in Verbindung mit §. 91 II 10 Landrechts — falls der Schaden durch eine fahrlässige Amtsverletzung hervorgerufen ist, auch fernerhin nur subsidiär, also nur dann haften, wenn das Mündel den Ersatz nicht auf andere Weise erlangen kann.

11. Anhörung des Mündels. Nach §. 53[3] Vormundschaftsordnung soll das Vormundschaftsgericht vor seiner Genehmigung das 18jährige Mündel bei Veräußerung unbeweglicher Sachen und bei der Auflösung eines Erwerbsgeschäfts hören. Der Entwurf erweitert im §. 1680 diese Fälle, indem er dessen Zuziehung bei allen Geschäften, welche das Immobiliarvermögen im weitesten Sinne betreffen, und bei den im §. 1674 Nr. 14 genannten Verträgen anordnet.

12. Erledigung des pactum claudicans. Nach der Vormundschaftsordnung §. 46 und §. 4 Gesetzes vom 12. Juli 1875 mußte der gebundene Kontrahent die Einwilligung vom Gegenvormunde beziehungsweise dem Vormundschaftsrichter einholen, und diese Personen hatten ihm die — bejahende oder verneinende — Erklärung abzugeben. Nach dem Entwurfe hat der Kontrahent den Vormund anzugehen, dieser hat die Erklärung einzuholen und dem Kontrahenten innerhalb der gesetzlichen Frist mitzutheilen (§§. 1681, 1682, M. 1153).

13. Befreite Vormünder. Gesetzliche Befreiungen der über Minderjährige gesetzten Vormünder, wie sie in der Vormundschaftsordnung bei Eltern, Großeltern, Ehegatten vorkommen, kennt der Entwurf nicht mehr. Dagegen können der Vater und die eheliche Mutter für die von ihnen benannten Vormünder nach Maßgabe der §§. 1690—1693 einzelne Erleichterungen eintreten lassen. Darnach ist eine Befreiung von der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht mehr zulässig (§. 45 Vormundschaftsordnung, M. 1170). Auch ist in sofern eine Aenderung eingetreten, als die Befreiungen vom Vormundschaftsrichter aufgehoben werden können

(§. 1694), und als deren Rechtswirksamkeit nicht mehr von der Aufnahme in die Bestallung abhängig gemacht ist (§. 47 Vormundschaftsordnung, M. 1169).

Außerdem kann jeder, welcher dem Mündel durch letztwillige Verfügung oder durch Vertrag etwas zuwendet, dieserhalb bestimmen, daß die Offenlegung des Vermögens verboten ist, wodurch der Vormund definitiv auch von der jährlichen Rechnungslegung und Ueberreichung der Vermögensübersichten befreit ist.

14. Der Regreß zwischen den Vormündern. Der Entwurf enthält dieserhalb eine besondere Vorschrift, indem er bestimmt, daß der Gegenvormund beziehungsweise Mitvormund, welche lediglich ihre Aufsichtspflicht verletzten, wegen des von ihm Gezahlten den vollen Rückgriff an den Vormund beziehungsweise Mitvormund haben (§. 1696[3]).

15. Honorar. Nach dem Entwurfe kann auch dem Gegenvormunde — „unter besonderen Umständen" — ein solches bewilligt werden. Ueberdies ist die Bewilligung des Honorars nicht mehr an die Voraussetzung einer „umfangreichen" Verwaltung gebunden (§. 34 Vormundschaftsordnung, §. 1699).

16. Schlußrechnung. Bei diesem Punkte sind folgende Abweichungen zu registriren (§§. 1702, 1701, §. 67 Vormundschaftsordung).

a. Eine Frist für dieselbe ist nicht mehr vorgeschrieben.

b. Die Pflicht zur Rechnungslegung geht, wenn der Vormund in Konkurs geräth, nicht auf den Verwalter über, sondern verbleibt, wie bei jeder anderen Vermögensverwaltung, dem Gemeinschuldner.

c) Der Vormundschaftsrichter hatte dieselbe ebenso zu prüfen, wie die jährlichen Rechnungslegungen.

d) Derselbe hatte alle Betheiligten zur Verhandlung über die Legung und Abnahme der Rechnung zu laden.

17. Entlassung des Vormunds. Der Entwurf unterscheidet nicht, wie die Vormundschaftsordnung § 63, zwischen Entlassung und Entsetzung, umfaßt vielmehr beides unter dem ersteren Ausdrucke.

Neu ist, daß nicht schon eine Pflichtwidrigkeit überhaupt, sondern nur eine erhebliche die Entlassung begründet, ferner, daß der Vormund sie mit erreichtem 60. Lebensjahre verlangen, endlich, daß

der Ehemann die seiner Ehefrau ertheilte Erlaubniß zur Uebernahme der Vormundschaft jederzeit zurücknehmen und folgeweise ihre amtliche Stellung beendigen kann (§. 1703 Nr. 1 und 3, §. 1706[2]).

18. Familienrath. Die Einsetzung desselben ist nur obligatorisch, wenn sie von einem Elterntheil angeordnet worden ist; die übrigen Fälle, welche der § 71. Vormundschaftsordnung kannte, sind als obligatorische beseitigt, und lediglich insoweit aufrecht erhalten, als der Vormundschaftsrichter unter ähnlichen Voraussetzungen auf dies Institut eingehen kann (§. 1713, M. 1205).

19. Vormundschaft über Volljährige. Unbekannt sind der Vormundschaftsordnung die Bestimmungen, daß der für Volljährige bestellte Vormund der Genehmigung des Vormundschaftsrichters zur Bewilligung bezw. Gewährung einer Ausstattung und zum Abschlusse von Mieths- oder Pachtverträgen, die über 4 Jahre dauern sollen, bedarf, ferner die Vorschrift, daß die gesetzlichen Befreiungen, welche dem Vater als Vormund zustehen, sämmtlich auch der Mutter als Vormund zukommen. Der Richter kann aber bei jedem Elterntheil eine Einschränkung dieser Befreiungen eintreten lassen (§. 1733 und Vormundschaftsordnung §§ 83, 57[1], 59[3]).

20. Vorläufige Vormundschaft. Der Entwurf bestimmt, daß, sobald gegen Volljährige Personen die Entmündigung — also wegen Geisteskrankheit oder Verschwendung — beantragt ist, das Vormundschaftsgericht schützend eintreten und zu diesem Zweck eine vorläufige Vormundschaft einleiten kann; dieselbe wird durch die rechtskräftig gewordene Entmündigung beendet und dann durch eine neue — die ordentliche — ersetzt. Wegen dieser vorübergehenden Fürsorge ist die Wahl des Vormunds durchaus frei gegeben (§. 1737, M. 1249).

Dies ist ein neues Institut; der damit zu erreichende Zweck konnte auf den bisherigen Umwegen — Einleitung einer Pflegschaft (§. 90 Vormundschaftsordnung) oder Erlaß einer einstweiligen Verfügung seitens des Prozeßrichters — nur theilweise und unsicher erzielt werden. Vor allem würde diese vorläufige Entmündigung und deren Gestaltung beim Verschwender von greifbarem Nutzen sein.

21. Pflegschaft. Die für die Bestallung eines Pflegers aufgenommene Generalklausel, wie sie im §. 90 Vormundschaftsordnung enthalten ist, ist abgeschafft (M. 1252).

Der Schutz, welchen auch der Entwurf volljährigen Abwesenden zu Theil werden läßt, ist begrifflich Pflegschaft und wird deshalb hier (§. 1740) und nicht wie in der Vormundschaftsordnung (§. 82) im Titel über die Vormundschaft erörtert (M. 1258).

Ein Recht, die Ernennung eines Abwesenheitspflegers oder eines curator ventris zu verlangen, hat nach dem Entwurfe Niemand, also ist von der Vormundschaftsordnung der §. 82³, theilweise auch der §. 88 aufgehoben (M. 1262, 1664).

Endlich hörte nach der Vormundschaftsordnung (§. 91 letzter Satz) die Pflegschaft stets kraft Gesetzes mit dem Wegfalle des Einleitungsgrunds von selbst auf; nach dem Entwurfe bedarf es nach §. 1748, von den dort hervorgehobenen 6 Fällen abgesehen, immer einer besonderen Anordnung des Richters für die Beendigung.

22. Weitere Unterschiede. Im Vorstehenden sind die wesentlichsten Differenzpunkte aufgedeckt; es giebt aber noch eine Menge weiterer Abweichungen, die wir, ohne gerade auf eine absolute Vollständigkeit Anspruch zu machen, kurz aufzählen wollen. Durch diese Aufzählung wird gleichzeitig der Nachweis erbracht, mit welcher Umsicht und Sorgfalt die Redaktoren auch diese Lehre bearbeitet haben.

Der für volljährig Erklärte, die geschiedene für den schuldigen Theil erachtete Mutter und Großmutter, sowie eine Person, die offenkundig einen unsittlichen Wandel führt, sind nicht mehr unfähig, Vormund zu werden (§. 1640, Vormundschaftsordnung §. 21). — Meinungsverschiedenheiten zwischen den Vormündern entscheiden nicht diese an erster Stelle, sondern ohne Weiteres der Richter (§. 1652², Vormundschaftsordnung §. 30²). — Der Generalkonsens des Richters ist nicht auf Wechselverbindlichkeiten beschränkt (§. 1673, Vormundschaftsordnung §. 45). — Der Richter kann die Unterbringung des Mündels in eine Besserungsanstalt auch gegen den Willen des Vormunds anordnen (§. 1685). — Die Rechnungslegung wird nicht besonders erfordert, sondern ist ohne Aufforderung einzureichen (§. 1687¹, Vormundschaftsordnung §. 56¹). — Die Versicherung über die Vollständigkeit der Rechnungslegung kommt in Wegfall (§. 1687⁴, Vormundschaftsordnung §. 56³). — Bei einem Erwerbsgeschäfte genügt an Stelle der Rechnungslegung die Ueberreichung der Bilanz (§. 1687⁴). — Der von der Rechnungslegung

befreite Vormund hat alle zwei Jahre unaufgefordert eine Uebersicht zu übergeben (§. 1691, Vormundschaftsordnung 57[2]). — Die Bürgschaftshaftung des Ehemanns für seine als Vormund bestellte Ehefrau ist beseitigt (M. 1179, Vormundschaftsordnung §. 32[1]). — Aufgehoben ist die Vorschrift, daß der Vormund nicht belegte Gelder mit 6 Prozent, für sich verwendete Kapitalien mit 8—20 Prozent zu verzinsen hat (§. 1697, M. 1180, Vormundschaftsordnung §. 39[5] und §. 40). — Die Entlassung aus dem Familienrath erfolgt durch den Richter, nicht mehr durch das Beschwerdegericht (§. 1723, Vormundschaftsordnung §. 79[1]). — Der Waisenrath hat nicht nur über das persönliche Wohl des Mündels, sondern auch über eine etwaige Gefährdung seines Vermögens zu wachen (§. 1725[2], Vormundschaftsordnung §. 53). — Eine Bekanntmachung hinsichtlich der Einleitung und Aufhebung der Vormundschaft über einen Verschwender erfolgt nicht mehr (§§. 1726, 1735[2], M. 1229, 1245, Vormundschaftsordnung §. 85). — Bestimmte Gebrechliche können für schutzbedürftig erklärt und sodann unter Vormundschaft gestellt werden, aber nur auf ihren Antrag, nicht auch auf Veranlassung Dritter (§. 1727, Vormundschaftsordnung §§. 81, 82[3]). — Das Anrecht auf die Vormundschaft über Volljährige ist im Entwurfe genauer, wie uns scheint, übrigens viel zu kasuistisch geregelt (§. 1728, Vormundschaftsordnung §. 83).

## B. Kritischer Theil.

Gegen den Entwurf haben wir folgende Bedenken beziehungsweise Abänderungsvorschläge vorzubringen.

1. Nach dem Entwurf muß die Berufung zum Vormund in derselben Form, wie für eine letztwillige Verfügung vorgeschrieben ist, erfolgen (§. 1636). Nach der Vormundschaftsordnung (§§. 17 Nr. 2, 47, 35) genügte die Berufung in einer vom Berechtigten selbst geschriebenen und unterschriebenen Urkunde. Jetzt wird also nicht nur diese, sondern auch die einfache gerichtliche oder notarielle Form verworfen und die denkbar schwerste Formalität verlangt. Die Motive S. 1053 bemerken zur Rechtfertigung derselben beziehungsweise warum das gemeine Recht, nicht aber die neueren Gesetzgebungen den Vorzug verdienen:

„Da es sich bei der Benennung des Vormundes von Seiten

des Vaters oder der Mutter um eine Verfügung handelt, welche mit dem Tode des Verfügenden in Kraft treten soll, und da der Entwurf das Recht der Benennung eines Vormundes als einen Ausfluß der elterlichen Gewalt behandelt, auf deren Ausübung nicht verzichtet werden kann, so entspricht es der Sachlage, daß die Benennung des Vormundes nur durch letztwillige Verfügung erfolgen kann. In Ermangelung einer besonderen Bestimmung ergiebt sich daraus von selbst, daß auf eine solche letztwillige Verfügung, namentlich soviel es die Voraussetzung der Errichtung, der Anfechtbarkeit und der Aufhebung derselben betrifft, die allgemeinen erbrechtlichen Grundsätze zur Anwendung kommen."

Sodann:

„Der Entwurf hat jedoch in Hinblick auf die große Wichtigkeit der hier fraglichen Verfügungen Bedenken getragen, in dieser Hinsicht von den allgemeinen Vorschriften des Erbrechtes abzuweichen und dadurch die Garantien, insbesondere für das Wohlerwogensein der Verfügung abzuändern."

Indessen um das Erbrecht, um irgend eine Verfügung über den Nachlaß handelt es sich bei der Berufung zum Vormund überhaupt nicht, und es kann deshalb von der Vermeidung eines Bruches mit den erbrechtlichen Grundsätzen und einer Abweichung von diesen Grundsätzen keine Rede sein. Der Umstand, daß die Willenserklärung erst mit dem Tode des Erklärenden in Kraft tritt, macht jene noch nicht zu einer letztwilligen Verfügung, ebensowenig wie wenn beim Kauf ausgemacht wird, daß derselbe erst mit dem Tode des Verkäufers in Wirksamkeit treten soll.

Ferner bedarf es auch nicht einer *besonderen* Garantie für die Wohlerwogenheit der Anordnung. Denn einmal sind die mit der Berufung verknüpften Rechtsfolgen überhaupt keine erheblichen; nur bei dem *befreiten* Vormunde (§§. 1690, 1693) könnte allenfalls davon die Rede und damit eine Formerschwerung zu rechtfertigen sein. Sodann kommt aber noch in Erwägung, daß der Richter an die Berufung gar nicht absolut gebunden ist, sondern den Ernannten auch ablehnen kann (§. 1637[1]), falls berechtigte Bedenken vorliegen. Die gedachte Vorschrift erschwert — ganz abgesehen von dem Kostenpunkte — das Verkehrsleben ungemein. Man denke z. B. an den Fall, daß der Vater mutterloser Kinder gar nichts zu bestimmen

hat, aber einen bestimmten Vormund haben will, und deshalb eine letztwillige Verfügung errichten muß; oder an den andern Fall, daß derselbe den bereits ernannten Vormund nicht mehr will. Auch hier muß er, nm einen gültigen Widerruf herbeizuführen (§. 1933), nochmals eine Erklärung in Form der letztwilligen Verfügung abgeben.

Noch weniger erforderlich ist dieser Formzwang in den Fällen des §. 1640 Nr. 4 und Nr. 5, §. 1652[4], §. 1718, §. 1745. Wir schlagen deshalb vor, den ersten Satz im §. 1636 in Anschluß an das preußische Recht (vergl. sächs. G.=B. §. 1886; code civil Art 398, 392; hess. Entw. IV §. 24; bayer. Entw. Art 33) dahin zu fassen:

Es genügt, wenn der Vormund in einer von dem Berechtigten eigenhändig geschriebenen und unterschriebenen Urkunde ernannt ist.

2. Den §. 1653 würden wir ganz streichen. Nach unserer Ansicht enthält derselbe Selbstverständliches bezw. eine bloße nothwendige Folgerung aus dem §. 1652 Abs. 2, auch aus dem richterlichen Aufsichtsrechte (§. 1684). Wenn die Motive S. 1095 bemerken, daß die Vorschrift des §. 1653 besonders auf dem Gebiete der elterlichen Gewalt von Bedeutung ist (§. 1503[1]), so möchten wir glauben, daß auch diesem Bedürfnisse vollständig Genüge geschieht, wenn in §. 1503 der §. 1652 mit allegirt wird.

3. In §. 1665 ist die in erster Reihe gedachte Reichsbank zu streichen, da dieselbe, wie Koch a. a. O. (s. oben unter A 8 unter c) bereits hervorgehoben hat, verzinsliche Einlagen nicht mehr annimmt.

4. Der Text im §. 1674 Nr. 7 erfordert eine Aenderung bezw. Einschränkung; er verordnet mehr, als er will. Denn nach dem Wortlaute desselben wäre der Vormund auch nicht berechtigt, für das Mündel ein Landgut u. s. w. selbstständig zu pachten; dies ist aber nicht beabsichtigt, wie die Motive S. 1142 unter 7 bezw. 6 evident ergeben (vergl. auch §. 1660 und §. 42 Nr. 7 Vormundschaftsordnung). Deshalb schlagen wir an dessen Stelle folgende Fassung vor:

7. zu einer Verpachtung eines Landguts oder mehrerer zum landwirthschaftlichen Betriebe verbundener Grundstücke oder eines gewerblichen Betriebes.

5. Der §. 1674 Nr. 8 bedarf einer Ergänzung. Bekanntlich knüpft sich an §. 52 C.-P.-O. die Streitfrage, ob der Vormund bezw. sein Prozeßvertreter — abgesehen von seiner sonstigen Verantwortung — berechtigt ist, jeden Prozeßvergleich auch ohne obervormundschaftliche Autorisation abzuschließen, bezw. ob der Prozeßvergleich als Prozeßhandlung anzusehen ist (vergl. insbesondere Bödiker's Magazin Bd. 8 S. 261). Eine gesetzliche Regelung dieser Frage wäre, wie bereits an jener Stelle ausgeführt, wünschenswerth.

6. Zum §. 1701². Hier wird unter Anderem bestimmt, daß nach Einreichung der Schlußrechnung der Vormundschaftsrichter „die Betheiligten mit Einschluß des Gegenvormundes, zum Zwecke der Verhandlung über die Abnahme der Rechnung zu laden hat". Dies Verfahren erscheint uns theils unnöthig, theils unausführbar, bezw. unpraktisch. Unnöthig halten wir es in allen unwichtigen, einfachen Sachen, wo, wie sehr häufig, das Vermögen nur in einer Hypothek oder einem Werthpapiere bezw. einer Spareinlage besteht. Unpraktisch ist die Prozedur, weil die Betheiligten häufig an verschiedenen, entfernten Orten wohnen werden, überdies jede Zwangsmaßregel, zum Erscheinen zu nöthigen, fehlt. Es genügt unseres Erachtens vollständig, wenn lediglich die Ladung des Mündels vorgeschrieben wird, und schlagen wir die dem entsprechende Aenderung im Gesetzestexte vor.

9.

# Ueber das Konsensualdarlehn.

Von J. Kohler.

---

§. 1.

Ob es heutzutage noch Realkontrakte gebe?[1]) Diese Frage hat einiges Plausible, wenn man bedenkt, wie eine frühere Zeit sich gegen die Gebundenheit des bloßen Wortes sträubte und die res als nöthigen Stützpunkt für die Erzwingbarkeit der Obligation erachtete und wie allmählich das Bedürfniß nach der res als dem Angelpunkte der Obligationsgebundenheit geschwunden ist, so daß der bloße Vertrag wirkt, wo man früher Arrha, Lit- und Weinkauf und Aehnliches für nöthig erachtete. Die Frage spitzt sich daher in unserem Rechte zu der Spitze zu: sind es mitunter in der Sache liegende Bedürfnisse, daß sich die Obligation an die res kettet, so daß es nicht mehr die Unkraft des bloßen „reallosen" Wortes, sondern das Bedürfniß des Lebens ist, welches bewirkt, daß die Obligation sich unmittelbar an die res anschließt.

Die Möglichkeit eines solchen Anschlusses nach der natürlichen Betrachtungsweise ist nicht zu bestreiten. Bei dem Kauf ist es sicher, daß der Verkäufer ohne jede vorgängige Verpflichtung vorleisten kann, worauf das Schuldversprechen des Käufers folgt. Allerdings übernimmt auch hierbei der Verkäufer Verbindlichkeiten, so die Verbindlichkeit der Mängelgewähr, der Eviktion rc.; allein diese Verbindlichkeiten sind nur das Sekundäre und Subsidiäre und treten zurück

---

[1]) Man vergleiche auch meine Gesammelten Abhandlungen S. 44 f.

14*

für pathologische Fälle, in welchen die Sache nicht ihre normale Abwickelung findet.

Ein solcher Anschluß beim Kaufgeschäft ist um so weniger ausgeschlossen, als ja ein Kaufgeschäft selbst ohne irgend eine Obligationsverpflichtung denkbar ist — so beim beiderseitigen Baarkaufe, wo von keiner Seite eine primäre Verbindlichkeit übernommen, sondern res gegen res gegeben wird.[2])

Nun hat man allerdings in solchen Fällen des Kaufes es als ein nothwendiges Konstruktivmittel erachtet, das Charnier eines zweiseitigen obligatorischen Vertrags einzuführen und nur eben anzunehmen, daß die Obligation in ihrer Hauptbethätigung dadurch gelähmt ist, daß von Seiten des einen oder beider Theile sofort mit der Obligationsschließung auch die Erfüllung eintrete: zwei Rechte mit einem Schlag, eine elektrische Spannung, die sich in continenti löse. Ich will die Möglichkeit eines solchen Konstruktivmittels nicht in Abrede stellen, bemerke aber, daß solche komplizirten Konstruktionen nur dann angebracht sind, wenn die einfache Konstruktion nicht ausreicht, um für die vollen Rechtswirkungen der Sache den nöthigen Stützpunkt zu gewinnen.

Nun ist allerdings ein Punkt hier von Bedeutung, auf den ich bereits vor Jahren hingewiesen habe. Nimmt man ein zweifaches Synallagma von res und obligatio in der Art an, daß die Gültigkeit des einen Elements von der des anderen abhängt, so kann man bei dem unmittelbaren Anschlusse von res und obligatio allerdings zu Folgerungen kommen, welche nicht immer erwünscht wären; z. B. daß die Obligation des Käufers auf Preiszahlung nichtig ist, wenn von Seiten des Verkäufers kein Eigenthum übertragen worden ist, und das umgekehrt Eigenthum nicht übergeht, wenn aus irgend einem Grunde die Gegenobligation nichtig ist.[3]) Ob und inwieweit eine solche Komplikation beider Elemente als angemessen erscheint, ist hier nicht zu erörtern; hat man aber Bedenken dagegen, so ist immer noch dadurch zu helfen, daß man das Band des Synallagmas lockert und die zwei Glieder selbstständiger gestaltet. Eine Nöthigung,

---

[2]) Vgl. hierüber treffend Bähr, Zur Beurtheilung des Entwurfs (aus der Krit. Vierteljahresschrift. N. F. XI 3 und 4) S. 66 f.

[3]) Vgl. Gesammelte Abhandlungen S. 20 f., 261.

deshalb das Charnier des beiderseitigen obligatorischen Vertrags, der sich im nämlichen Augenblick erfüllt, in Anwendung zu bringen, liegt nicht vor.

Ist daher die Möglichkeit des Realvertrags beim Kaufe gegeben, so hat es noch viel weniger Bedenken, denselben bei anderen Verhältnissen in Anwendung zu bringen, bei welchen die Gegenobligation mit der res in näherer Beziehung steht. So insbesondere bei der Miethe, denn hier sind res und Miethszahlungen dadurch verschwistert, daß die Miethszahlung nur nach Maßgabe des erfolgten oder mindestens zur Verfügung gestellten Sachgenusses stattfindet. Es ist insbesondere ein Miethsverhältniß in der Art denkbar, daß A. dem B. eine Sache gibt, ohne sich für irgend eine Zeit zu binden, so daß eben, solange die res dauert, auch die Miethzinszahlungsobligation sich de momento ad momentum entwickelt. Noch mehr: die eine Verpflichtung des Miethers, die Miethsache gut zu behandeln und seiner Zeit zu restituiren, entsteht erst mit dem Empfange der Sache und steht mit dem Empfange der Sache in nächster Beziehung. Noch sicherer ist dies bei der Obligation des Depositars und des Kommodatars, bei welcher sich ja die Hauptobligationengruppe um die Sache schaart, so daß der Depositar und Kommodatar eben in Bezug auf die Sache, ihre Erhaltung und Restitution verpflichtet ist. Hier ist es ganz besonders klar, daß die Obligation als Gegenpart die res hat, d. h. die Uebergabe der Sache. Denn was der Obligation bei der Miethe eine neue Seite gibt, die Preiszahlung, die zwar mit Rücksicht auf die Möglichkeit des Sachgenusses stattfindet, aber doch keine Verpflichtung in Bezug auf die Sache bildet, das fällt ja hier weg.

## §. 2.

Ist auf der einen Seite dem Realvertrage sein Recht geworden, so auf der andern Seite dem Konsensualvertrage. Wie es eine künstliche, der Sache nicht entsprechende Konstruktion ist, den Realvertrag in zwei Akte, in einen Konsensualvertrag und in eine sofortige Erfüllung, aufzulösen, so ist es auf der anderen Seite eine künstliche Konstruktion, ein Geschäft, bei welchem sich nach der natürlichen Betrachtungsweise Obligation an Obligation schließt, in zwei Geschäfte zu spalten, von welchen das eine Geschäft dasjenige dar-

stellt, was man den Vorvertrag nennt, das andere das Hauptgeschäft oder den Hauptvertrag. Man denke sich beispielsweise ein Kaufgeschäft derart, daß in sechs Wochen die Sache geliefert und sechs Wochen nach der Sachlieferung der Kaufpreis gezahlt werden soll. Wird man dieses Geschäft etwa in zwei Verträge auflösen:

a) A. verpflichtet sich, nach sechs Wochen ein Realkaufgeschäft dahin abzuschließen, daß er die Sache abliefert und B. ihm dafür innerhalb sechs Wochen den Preis bezahlen soll;
b) A. schließt nach sechs Wochen mit B. dieses Realgeschäft wirklich ab?

Auf diese Weise wäre dasjenige, was sich in der natürlichen Betrachtung als Konsensualkontrakt darstellt, in zwei Verträge, einen Vorvertrag und einen Realvertrag, komplizirt; eine solche Komplikation wäre aber nur dann angezeigt, wenn sich durch dieselbe die eine oder die andere Erscheinung des Rechtes besser erklären oder das eine oder andere Postulat des Rechtslebens durch bessere Ordnung der Dinge befriedigen ließe. Hiernach wird man nun aber vergebens suchen; im Gegentheil, eine solche verwickelte Konstruktion würde zu theoretischen, praktisch unbrauchbaren Resultaten führen. Man käme zu folgender Konsequenz:

1. Aus einem derartigen Vorvertrage geht die Verpflichtung hervor, den Realvertrag abzuschließen;
2. diese Verpflichtung wird nöthigenfalls dadurch gerichtlich durchgeführt, daß der Realvertrag durch Urtheil für abgeschlossen erklärt wird (§. 779 C.-P.-O.), daß er für abgeschlossen erklärt wird unter Wegnahme der Kaufsache manu militari (§. 769 C.-P.-O.).

Wollte nun etwa der Käufer Einwendungen machen gegen die Art und Güte der Sache, so müßte er die Einwendungen machen nicht gegen den Vorvertrag, sondern gegen den durch richterliches Urtheil in contumaciam abgeschlossenen Vertrag. Man käme also dahin: zuerst muß der Vertrag durch richterlichen Ausspruch abgeschlossen werden, dann wird gegen diesen auf solche Weise abgeschlossenen Vertrag operirt — eine gewiß wenig gesunde und praktische Art des rechtlichen Vorgehens; während es nach der Konstruktion der Sache als Konsensualkontrakt ohne Weiteres möglich ist, daß der Käufer bezüglich der Eigenschaften der Sache seine

Einwendungen geltend macht, wodurch eine kürzere und angemessenere Erledigung der Sache angebahnt wird.

Man könnte, um diesem Resultate zu entgehen, vielleicht zu dem Mittel greifen, zu sagen: der Käufer darf auch schon gegen den Vorvertrag Einwendungen machen, sofern die Sache mangelhaft ist, und er darf sein Petitum in der Vorvertragsklage in entsprechender Weise gestalten. Aber Jeder sieht, daß auf solchem Wege nur wieder unnöthige Komplikationen geschaffen werden.

Wir werden daher sagen: ein Konsensualkauf ist nicht in einen Vorvertrag und einen Realkaufvertrag aufzulösen.

Dies geht auch dann nicht an, wenn der Konsensualvertrag zunächst nur einseitig bindend, wenn er — der Ausdruck ist allerdings höchst unelegant — ein negotium claudicans ist, nämlich so, daß zunächst nur der eine Theil, z. B. der Käufer zu bestimmen hat, ob eine gegenseitige Obligation entsteht, während, wenn er sich affirmativ entschieden hat, eine beiderseitige Erfüllungsobligation eintritt. In solchem Fall ist allerdings zunächst nur der Verkäufer verpflichtet: er ist nicht verpflichtet, zu leisten, aber er ist verpflichtet, dem Käufer in der betreffenden Weise zu Willen zu stehen, er ist an sein Wort gebunden. Diese Verpflichtung wird zur synallagmatischen Leistungspflicht, sobald der Wille des Käufers eingeschlagen hat.

Hier könnte man noch am meisten daran denken, die Sache in zwei Verträge aufzulösen:

1) in einen Vorvertrag mit einseitigem Rechte des Käufers,
2) in einen entsprechenden Realvertrag, welcher abgeschlossen werden muß, wenn der Käufer sich für die Sache entschieden hat.

Aber auch das ist ein unnöthiger Umweg; die Sache ist bereits jetzt abgemacht, der Kaufvertrag entsteht nicht erst mit dem Moment, in welchem sich der Käufer für die Sache entscheidet; schon jetzt ist es sicher, daß mit dem Momente dieser Entscheidung ohne alles Weitere die beiderseitigen Kauf- und Verkaufsobligationen erwachsen. Das ergiebt sich auch noch aus Folgendem. Die Verabredung kann von Anfang an dahingehen, daß, nachdem sich der Käufer entschieden hat, nicht sofort die Sache geliefert werden soll,

sondern erst nach einer bestimmten Zeit. Hier müßte man entsprechend die Konstruktion so aufstellen:

1) zunächst Vorvertrag mit einseitigem Rechte des Käufers;
2) nach der Entscheidung des Käufers Konsensual- (nicht Real-) Kaufvertrag, zu welchem der Verkäufer aus dem Vorvertrage verpflichtet ist.

Hiernach würde aber nicht schon mit dem Momente der Entscheidung des Käufers ein beiderseitiger Kaufvertrag eintreten, sondern nach der Entscheidung des Käufers wäre der Verkäufer verpflichtet, einen Konsensualkaufvertrag mit dem Käufer abzuschließen; daraus erst würde die Verpflichtung zur Lieferung ꝛc. folgen. Das widerspräche aber den Lebensverhältnissen gründlich; und es wäre völlig unangemessen, wenn der Käufer zuerst auf Abschluß des Vertrags klagen müßte, so daß der Vertrag in contumaciam für abgeschlossen erklärt werden müßte durch rechtskräftiges Urtheil (§ 779 C.-P.-O.).

Nein: das aktuelle Kaufvertragsverhältniß soll sofort mit der Entscheidung des Käufers eintreten, auch ohne jede Mittheilung, auch ohne jede Aeußerung des Verkäufers, auch dann, wenn der Verkäufer in der Zwischenzeit gestorben ist und nicht einmal einen Erben hat.

Wie man sieht: die Muskulaturbildung von Vorvertrag und Hauptvertrag wäre in solchen Fällen eine völlig verfehlte, sie wäre dem Sachbedürfnisse durchaus nicht entsprechend — wie überhaupt für das Konstruktivmittel des Vorvertrags nur in selteneren Fällen eine angemessene Stelle ist: zumeist da, wo der Hauptvertrag nicht ohne Form, nicht ohne Zuthun anderer Personen und dergl. abgeschlossen werden kann: da ist es nöthig, mit dem Vorvertrage zu antichambriren, bevor man durch die Pforte des Vertrages eintreten kann. Doch darüber ist noch unten (S. 238) zu handeln.

In ganz ähnlicher Weise verhält es sich mit der Miethe. Auch wenn ich einen Miethsvertrag in der Art abschließe, daß ich das Recht erlange, einzuziehen wann ich will, und daß ich erst mit dem Einziehen zur Zahlung von Miethzinsen verbunden bin, auch dann ist die Sache nicht in einen Vor- und Hauptvertrag aufzulösen; auch dann ist es so, daß schon jetzt das Miethsverhältniß paratgelegt ist: entscheidet sich der Miether, so entsteht das beiderseitige aktuelle Miethsverhältniß — und dasselbe gilt auch, wenn die Sache darauf-

hin angelegt ist, daß nach der Entscheidung des Miethers noch etwa 1 Monat verstreichen, und dann erst die Miethwohnung gegen Miethzins bezogen werden soll.

§. 3.

Gehen wir nunmehr auf das Depositum und Kommodatum über, so kommt auch hier tagtäglich vor, daß die Parteien miteinander bedingen: der Eigner der Sache soll das Recht haben, wenn er will, die Sache in Depot zu geben, oder der Eigner der Sache soll verpflichtet sein, wenn der Andere will, ihm die Sache zur Benutzung in das Kommodat zu geben. Ist in solchem Fall ein Vorvertrag mit anschließendem Realvertrage zu konstruiren oder ist nicht das Ganze hier ebenfalls als ein Vertrag zu behandeln, wornach

1. der Eigner der Sache berechtigt ist, nach Belieben die Sache in die Aufbewahrung zu geben, und
2. mit der Hingabe zur Aufbewahrung die entsprechenden Depositalverbindlichkeiten entstehen — und ebenso bezüglich des Kommodatars?

Nun ist allerdings das eine zu bemerken: ein derartiger Konsensualkontrakt enthält zunächst nur eine einseitige Gebundenheit, sofern bei dem Depositalvertrage nur der Eigner, bei dem Kommodatvertrage nur der Kommodatar ein Interesse an der Uebergabe der Sache hat und daher er und nur er berechtigt ist, dasjenige zu verlangen, was ich das Aktuellwerden des Verhältnisses nenne.[4]) Was daher bei Kauf und Miethe nur die Ausnahme ist, daß nämlich zunächst lediglich der eine Theil berechtigt ist, die Aktualität des Verhältnisses zu verlangen, und daher vorläufig nur der eine Theil gebunden ist, während, sobald das Verhältniß aktuell geworden, eine Verbindlichkeit beider Theile entsteht oder entstehen

[4]) Derjenige, welcher sich ein Kommodat versprechen läßt, steht daher dem Falle des Käufers auf Probe insofern parallel, als auch hier noch keine Obligation auf Leistung entsteht, sondern nur eine Gebundenheit, welche sich allerdings mit dem Moment, in welchem der Leiher sich entscheidet, in eine Verbindlichkeit umsetzt. Dies ist wichtig; entscheidet sich der Leiher nicht für die Annahme, so kann er nicht in mora accipiendi kommen, mag man über die mora accipiendi eine Ansicht haben, welche man will. Dies ist ein Verhältniß, welches meines Wissens bis jetzt noch nicht genügend beobachtet worden ist.

kann — was daher bei jenen Verträgen nur die Ausnahme ist —, das ist hier die Regel.

Allein sollte dies in der Konstruktion einen Unterschied ausmachen? Ist dieses Verhältniß von Regel und Ausnahme nicht durch die Besonderheit der in diesen beiden Fällen eintretenden einseitigen Interessenlage angezeigt? — wozu noch kommt, daß im Leben ein kombinirtes Interessenverhältniß vorkommen kann: es kann vorkommen, daß Geschäfte abgeschlossen werden, welche die Funktion des Depositums und des Kommodats verbinden, so daß der Eigner die Uebernahme der Sache und der andere Theil die Uebergabe verlangen kann, indem der Eigner die Sache eine Zeit lang loswerden, der andere Theil die Sache eine Zeit lang gebrauchen will; man denke sich nur den Fall: A. möchte gern das Pferd des B. benutzen, und B. möchte gern während seiner Ferienreise das Pferd untergebracht wissen; gar kein Zweifel, daß hier ein beiderseitiger Uebergabe- und Uebernahmevertrag abgeschlossen werden kann. In solchem Falle müßte man dem Realvertrag einen beiderseitigen Vorvertrag, einen Vorvertrag zu Gunsten des Eigners und zu Gunsten des anderen Theiles vorhergehen lassen.

Dazu kommt noch, daß auch hier — und hier ganz besonders — Verträge in der Art stattfinden können, daß der eine Theil zwar die Entscheidung hat, ob das Verhältniß aktuell wird oder nicht, daß er aber diese Aktualität nicht sofort, sondern erst bestimmte Zeit nach erfolgter Entscheidung begehren kann; z. B. A. verpflichtet sich, eine Sache des B., sobald dieser es wünschen sollte, in Depot zu nehmen, aber erst nach vorheriger 8tägiger Ankündigung. Hier müßte man eine dreifache Staffel von Verträgen annehmen:

1. Vorvertrag dahin, daß, wenn der eine Theil will, der andere einen Vertrag über künftiges Depot abschließen soll;
2. Vertrag über künftiges Depot, d. h. Vorvertrag beider Theile dahin, daß nach bestimmter Zeit eine Sache in Depot angenommen werden soll;
3. Depotvertrag als Realvertrag.

Nun könnte man immerhin die beiden Verträge 1 und 2 in einen zusammenziehen; aber es ist sehr fraglich, warum man dann bei 2 stehen stehen bleiben und nicht auch den Vertrag 3 mit in das eine Vertragsverhältniß hineinnehmen soll.

Ist schon nach allem diesem die Konstruktion, welche das Ganze zu einem Vertrage zusammenfaßt, vorzuziehen, so spricht für dieselbe noch folgende durchgreifende und entscheidende Erwägung:

Es kommt sehr häufig vor, daß die Depositalverträge in futurum sehr genau detaillirt mit den verschiedensten Klauseln abgeschlossen werden, so daß alle Depots, welche auf Grund dessen erfolgen, dieser Bedingungen gemäß gemacht werden, und alle Depotverhältnisse diesen Bedingungen entsprechend gestaltet sein sollen. Nun läßt sich ein solches mit der Vorvertragslehre allerdings dadurch vereinigen, daß man sagte: die einzelnen Depotrealverträge werden eben nach Maßgabe der zum voraus fixirten Bedingungen abgeschlossen, so daß diese Bedingungen nur eine Art von Reglement bildeten, auf Grund dessen die einzelnen Verträge stillschweigend geschlossen würden. Allein dies reicht durchaus nicht immer aus. Es kann sein, daß die Bedingungen von dem Dominus gesetzt werden, daß sie dem einzelnen Kunden gegenüber besonders günstig gestaltet werden, — während die Depots bei einem Schalterbeamten abzugeben sind, der von solchen Bedingungen gar nichts weiß; es ist möglich, daß die Depots nach dem Tode des Dominus bei einem Nachfolger gemacht werden, der von solcher speziellen Abrede gar keine Kenntniß hat; es ist möglich, daß sie gemacht werden, während der Chef im Urlaub ist und der Stellvertreter sie wie andere Depots anzunehmen glaubt. Trotzdem wird Niemand zweifeln, daß alle diese Depots nach Maßgabe der Konsensualabrede sich abspielen, daß der Deponent überall die günstigen Bedingungen hat. Dies erklärt sich nach Maßgabe der Konsensualtheorie sehr leicht; es ist nicht so, als ob mit der Uebergabe der Depositen noch ein Realvertrag mit bestimmten Klauseln abgeschlossen würde, sondern der Konsensualvertrag beherrscht das ganze Verhältniß, so daß die Uebergabe der Depositalsache nur die Voraussetzung ist, unter welcher das im Konsensualvertrage begründete Verhältniß aktuell wird, welche Voraussetzung nichts weiter verlangt, als daß die Depositalsache abgeliefert wird, nicht auch, daß über die seiner Zeit gesetzten Klauseln ausdrücklich oder stillschweigend neu paktirt wird.

Ein weiterer Punkt, welcher ins Gewicht fällt, ist der: möglicherweise werden bei den Depositalverträgen zum Voraus Pfänder bestellt; die Pfänder datiren von dem Konsensualvertrag an. Nun ist es immerhin möglich, die Sache so zu konstruiren, daß dadurch ein

Pfand in Bezug auf ein künftiges Vertragsverhältniß kreirt wird; angemessener und entsprechender ist es aber, anzunehmen, daß ein Pfand in Frage steht bezüglich der aus dem Konsensualvertragsverhältniß entspringenden Obligationen.[5])

Aus allen diesen Erwägungen ergiebt es sich, daß allein die Konsensualvertragstheorie, welche das Ganze als Einheit zusammenfaßt, die den Rechtsäußerungen entsprechende Theorie ist und daß es unstatthaft ist, das Ganze in einen Vorvertrag und einen nachfolgenden Realvertrag aufzulösen.

§. 4.

Wir haben es seither vermieden, das Darlehen zu berühren, weil dieses der Hauptsitz der konstruktiven Kontroverse ist, und wir daher erst dann auf dieses Gebiet übergehen wollten, nachdem im früheren fester Boden gewonnen wurde.[6])

Zuerst das unverzinsliche Darlehn; es hat am meisten Aehnlichkeit mit dem Kommodate, nur daß nicht idem, sondern tantundem restituirt werden muß, weshalb denn auch das Darlehnsobjekt in das Eigenthum des Darlehnsnehmers übergeht.

Doch sei hier gleich beigefügt, daß die Vergleichung des unverzinslichen Darlehns mit dem Kommodat, ebenso wie die Vergleichung des verzinslichen Darlehns mit der Miethe, cum grano salis anzunehmen ist. Das ist ja sicher, daß das Darlehn vielfach nicht auf Produktionskredit, sondern auf Konsumtionskredit gemacht wird, so daß das Dahrlehnsgeld sofort unproduktiv verschwindet, so daß die Analogie des Kommodats, welches auf einen ständigen Gebrauch der Leihsache abzielt, bedeutend ins Schwanken kommt, und ebenso die Analogie der Sachmiethe. Dagegen ist aber allerdings zu sagen, daß auch bei der Miethe vielfach die Miethsache brach liegt, es ist ferner zu sagen, daß eben durch die Konsumtion des Darlehnsgeldes ein bestimmter Werth aufs Mal in das Vermögen des Leihers gebracht werden kann, und daß dadurch vielfach das Eigenkapital desselben eine entsprechende Steigerung erfährt. Jedenfalls muß in beiden Fällen der große Unter-

---

[5]) Ein näheres Eingehen auf diese pfandrechtliche Frage wird anderwärts erfolgen.

[6]) Reiche Literaturangaben bei Cohn in Endemann's Handbuch des Handelsrechts III S. 843. Vgl. insbesondere Gruchot in seinen Beiträgen XII S. 645 f. und die daselbst S. 651, 652 citirten.

schied zwischen dem Sachgebrauch und dem die Sache zerstörenden Werthgebrauche berücksichtigt werden; innerhalb dieser Schranken aber ist eine Analogiestellung ebenso wenig ausgeschlossen, als zwischen Ususfrukt und Quasiususfrukt.

Es ist nun sicher, daß das Darlehn als Realvertrag vorkommen kann, sofern kein Darlehnsversprechen vorhergeht. Hiervon braucht nicht weiter gehandelt zu werden, die Zulässigkeit ergiebt sich aus dem Obigen von selbst. Geht dagegen ein Darlehnsversprechen vorher, so ist zunächst zwischen dem unverzinslichen und dem verzinslichen Darlehn zu unterscheiden, da bei dem ersten (regelmäßig) nur der Darlehnsempfänger ein Interesse und entsprechend ein Recht (auf Uebergabe des Geldes) hat. Hier entsteht nun wiederum die Frage: ist hier eine Staffel von zwei Verträgen anzunehmen,

1. Vorvertrag,
2. Realvertrag?

oder ist beides zu einem Vertragsverhältnisse zu vereinigen, so daß mit dem Konsensualvertrage zuerst ein einseitiges Berechtigungsverhältniß des künftigen Geldnehmers entstehe — ganz ähnlich dem Berechtigungsverhältnisse des Käufers bei dem Kauf auf Probe: so daß er entscheiden kann, ob ein aktuelles Darlehnsverhältniß, d. h. ein Darlehnsverhältniß mit Geldübergabe und Geldrückzahlung entstehen soll, so daß weiter, wenn er sich für die Aktualität entschieden hat, der Kapitalist das Geld zu geben und, nach der Hingabe des Geldes, der Leiher das Geld entsprechend zu restituiren hat? Nach dem Obigen kann kein Zweifel bestehen, daß die letztere Konstruktion weitaus vorzuziehen ist. Insbesondere müßten wir sonst häufig die dreifache Staffel aufstellen: zuerst Vorvertrag bezüglich des Abschlusses eines Vorvertrags, dann Vorvertrag bezüglich des Abschlusses eines Realvertrags in der oben angeführten Weise; man denke sich den Fall, daß A. versprochen hat, dem B. nach vorheriger 14tägiger Ansage ein Darlehn zu geben u. a.

Ist aber schon hier die Konstruktion eines Konsensualvertrags angezeigt, so noch mehr dann, wenn das Darlehn ein verzinsliches und wenn daher das Interesse an dem Geben und Nehmen des Geldes ein doppelseitiges ist. Allerdings auch beim verzinslichen Darlehn ist ein Abkommen in der Art möglich, daß das Geld nur dann gegeben und genommen werden soll, wenn einer der beiden Theile

z. B. der Leiher, solches will, daß also der Leiher es in der Hand hat, ob die Sache aktuell wird oder nicht. Es kann dies vorkommen, wie beim Kauf und wie bei der Miethe; es wird dies viel öfters vorkommen, als bei der Miethe, aus sehr begreiflichem Grund: es wird viel leichter sich ein Kapitalist verpflichten, dem Geldbedürftigen ad libitum zu stehen, als etwa ein Hauswirth: denn die Kapitalien liegen öfter parat und im Depot zur beliebigen künftigen Disposition, während man die Hauswohnungen nicht auf die zukünftige Eventualität leer stehen läßt, auch nicht so leicht eine schon vermiethete Wohnung wieder parat bekommt, um einen neuen Miether ad libitum anzunehmen. Dieser Unterschied des mehr oder minder häufigen Falles ist aber faktisch und giebt keinen Anlaß zu juristischen Differenzen.

Häufig und noch häufiger wird es aber auch hier vorkommen, daß die Sache nicht in den Willen des einen oder anderen gestellt ist, sondern daß das Verhältniß sofort dahin aktuell ist, daß der A. die Hingabe des Geldes, der B. (die Uebernahme des Geldes und) die entsprechende Verzinsung und Rückgabe verlangen kann. Gerade hier ist es aber eine völlig sachwidrige Konstruktion, einen Vorvertrag mit doppeltem Recht, einen Vorvertrag mit dem Recht eines jeden auf Abschluß des Realvertrags anzunehmen. Ein solcher Vorvertrag führt auch zu wenig ansprechenden Resultaten. Zu einer Zeit, als man aus dem Vorvertrage noch keinen Anspruch oder doch keine Exekution auf Vertragsabschließung gestattete, sondern nur einen Anspruch auf Entschädigung, hat man gesagt: wenn der eine der beiden Kontrahenten den Vorvertrag nicht erfüllt, d. h. den Realvertrag nicht abschließt, so kann lediglich auf Entschädigung geklagt oder doch exequirt werden; und wer nun weiß, was ein Entschädigungsprozeß und ein Schadenbeweis im früheren Rechtsleben bedeutete, dem muß das Unpraktikable eines solchen Ergebnisses sofort in die Augen springen: A. ist verpflichtet, mir am 1. Juni 10 000 zu 4 Prozent als Darlehn zu geben; wenn er mir das Geld nicht giebt, so kann ich nicht auf das Geld exequiren: ich muß nachweisen, was ich durch die Nichtzahlung für einen Schaden erlitten, und Jahr und Tag darüber prozessiren! — und dies alles um des Satzes willen, daß das Darlehn ein Realvertrag ist.

Nach heutigem Rechte kann man nun allerdings auf Abschluß des Hauptvertrags klagen und der Hauptvertrag muß in contumaciam

als abgeschlossen erklärt werden (§. 779). Darnach ist es allerdings möglich, auf Grund des Urtheils und nöthigenfalls der Exekutivklausel den Darlehnsvertrag mit der Zeit richterlich herzustellen; aber bis die Sache so weit ist, vergeht Zeit und für die Verluste der Zwischenzeit besteht nur der Trost, daß sie sich unter die Rubrik Entschädigung bringen lassen; während doch nach der Konsensualtheorie der Kapitalist sofort in der Lage ist, das Geld anzubieten und von dem Momente des Anbietens oder doch der Deposition Zinsen verlangen kann, und ebenso umgekehrt der Leiher nicht erst auf Abschluß des Darlehnsvertrags klagen und die Rechtskraft des Urtheils abwarten muß (§. 779), sondern auf allen üblichen legalen Wegen auf Auszahlung des Kapitals klagen kann

Es ergiebt sich hier von selbst, daß die Konstruktion, welche nach Analogie von Kauf und Miethe hier sofort einen zweiseitigen Konsensualkontrakt annimmt mit der Wirkung, daß von beiden Seiten, nicht auf Vertragsabschluß, sondern auf Vertragserfüllung geklagt werden kann, weitaus den Lebensverhältnissen besser entspricht und daher eine viel energischere, treffendere Konstruktivkraft hat.

Wollen wir nun sehen, was gegen diese Konstruktion vorgebracht wird, so ist es theils die Realnatur des römischen mutuum; allein schon anderwärts ist dargelegt worden,[7]) daß das römische Darlehn nicht in dem mutuum seinen verkehrsüblichen Vertreter hatte, sondern in der Stipulation, indem der Kapitalist, welcher das Geld gab, sich die Rückzahlung stipulirte; und daß die Römer dabei stehen blieben und nicht zu einem klagbaren Konsensualvertrage gelangten, beruhte einfach darauf, daß sich hierfür kein ausreichendes Bedürfniß ergab;[8]) denn das ist ja sofort ersichtlich, daß dem Kapitalisten die formale Sicherung der Stipulation besonders erwünscht sein mußte, und was dem Kapitalisten am meisten erwünscht ist, das pflegt im Darlehnsverkehre durchzulangen.[9])

Man ist ferner vom Standpunkte der konstruktiven Grundsätze

---

[7]) Gesammelte Abhandlungen S. 47 f.

[8]) Es ist derselbe Grund, warum der Nießbrauch nicht zum Realvertrage gestaltet wurde, indem man bei der cautio usufructuaria als dem Praktischen und Ausreichenden stehen blieb. Vgl. auch Eisele in dem Note 9 zu erwähnenden Aufsatze S. 46 f.

[9]) Verfehlt Eisele in der Z. f. Schweizer. Recht. N. F. III S. 9 f.

selbst unserer Auffassung entgegengetreten; daß diese Polemik unrichtig sein muß, ergiebt sich zum Voraus schon aus der Erwägung, daß nicht das Leben sich der Konstruktion, sondern die Konstruktion sich dem Leben anpassen muß; wenn wir den Konstruktionsschacht graben, so müssen wir ihn in die Richtung des Bergwerks legen, wir können nicht das Bergwerk zu uns herüberziehen. Doch ergiebt sich die völlige Unhaltbarkeit auch aus der Entwickelung der von Eisele S. 31 f. gegebenen konstruktiven Gründe.

Dieselben laufen dahinaus: Bei einem Synallagma kann jede Verpflichtung zuerst erfüllt werden; dies ist unmöglich, wenn die Verbindlichkeit, beziehungsweise die Hauptverbindlichkeit eine Verbindlichkeit auf Rückgabe ist, da die Rückgabe stets die Hingabe voraussetzt.

Auf den sofortigen Einwand, daß dies ja bei der Miethe ebenso sei, wie bei dem Darlehn, daß auch bei der Miethe zuerst gegeben, dann erst restituirt werden könne, wird erwidert, daß bei der Miethe die Verpflichtung zur Zahlung des Miethzinses die Hauptverpflichtung sei — denn die Miethsache kann ja der Vermiether als Vindikant zurücknehmen, er kann sie als solcher selbst aus dem Konkurse zurückholen. Bei dem Darlehn gehe dies nicht an; die Darlehnssumme könne nur kraft des obligatorischen Gläubigerrechts zurückverlangt werden, wie sich solches ja auch sofort im Konkurse zeige. Ist aber beim Darlehn die Verpflichtung zur Rückzahlung des Kapitals eine wirkliche Verpflichtung und besteht daneben die Pflicht zur Zinszahlung, so könne von diesen beiden Pflichten nur die Kapitalpflicht als die prinzipale betrachtet werden. Folglich sei die Kapitalschuld die für den Charakter des Geschäfts maßgebende Schuld, und da diese Schuld eine Rückzahlungsschuld sei, so könne ihr nach dem Gesagten nur ein Real-, nicht ein Konsensualkontrakt entsprechen. In solcher Richtung bewegen sich die Argumentationen von Eisele S. 32 f.

Nun beruht alles dieses schon auf der ersten Unrichtigkeit, daß bei dem Synallagma die Sache so sein müsse, daß eine jede Verbindlichkeit zuerst erfüllt werden könne. Warum dies? Woher der Beweis für einen solchen Satz? Daß ein derartiges Verhältniß, wornach ein Jeder das praevenire spielen kann, häufig vorkommt, ist gar nicht zu bezweifeln; warum aber soll, wenn dies den Lebensverhältnissen entspricht, das Synallagma nicht auch so gebaut

werden können, daß von den zwei in sich verbundenen Obligationen die eine zuerst, die andere später erfüllt werden kann und erfüllt werden muß? Das Wesen des Synallagmas besteht nur darin, daß beide Obligationen eine Einheit bilden, so daß das Ganze entweder steht oder fällt; im Uebrigen aber kann das zeitliche Verhältniß der Obligationen geartet sein, wie es will.

Ist also diese Argumentation verfehlt, so ist es weiter verfehlt, wenn bei der Miethe ein solcher Nachdruck auf die Miethzieler gelegt wird. Ist nicht bei der Miethe des Pferdes die Verpflichtung der guten Behandlung und richtigen Ablieferung des Pferdes, bei der Miethe eines Velocipeds die richtige Verwendung und Rücklieferung, bei der Miethe eines Geschäfts der richtige Betrieb desselben die Hauptsache, so daß, wenn schlecht gewirthschaftet worden ist, die Entschädigungssumme den Betrag des Zinses 10fach übersteigen kann? Allerdings ist es nun möglich, sofern und soweit es sich um die Sache selbst handelt und diese noch vorhanden ist, sich des Aussonderungsrechts im Konkurse zu bedienen, und zwar ist dies möglich, nicht nur wenn der Vermiether der Eigenthümer der Sache ist, sofern er als Vindikant auftritt, sondern auch sofern er nicht Eigenthümer der Sache ist, letzterenfalls mit der actio locati. Allein das ist lediglich die Folge dessen, daß der Miethsvertrag das Eigenthum der Miethsache nicht ändert, die Miethsache daher nicht in die Konkursmasse fällt, während, wenn es sich um Kapitalsübergabe handelt, die Kapitalstücke in das Eigenthum des Leihers übergehen. Dieser Unterschied aber ist nicht anders als jeder andere Unterschied, der sich ergiebt, wenn das eine Mal die Verpflichtung auf Restitution derselben Sache, das andere Mal auf Restitution von tantundem gerichtet ist. Es ist dies ein ähnlicher Unterschied, wie wenn das reguläre Depositum in das depositum irregulare, die wirkliche Miethe in die locatio irregularis übergeht. Von einer wesentlich anderen Charakteristik der Obligationen in der Kombination des Synallagmas kann darum ebenso wenig die Rede sein, als von einer Minderwerthigkeit der Obligation, falls sie im Konkurse zu einem Aussonderungsrecht führt. Oder sollte die actio locati des B., welcher selbst die Sache von A. gemiethet und sie dem C. weiter vermiethet hat — sollte diese actio locati des B. und die entsprechende Rück-

gabepflicht des C. deshalb von geringerem Range sein, weil sie im Konkurse des C. zur Aussonderung führt? Gewiß nicht.

Dazu kommt nun aber weiter, daß diese Aussonderung nur soweit durchführbar ist, als die Sache noch existirt; ist die Sache zerstört, ist sie entwerthet, ist sie degradirt, so muß sich eben auch der dominus dem Schicksal unterwerfen, welches sich ergiebt, wenn an Stelle der Sache die Entschädigung tritt und der Aussonderungsberechtigte in den Rang des gewöhnlichen Konkursgläubigers hinabsteigen muß; dem Schicksale, welches sich unwandelbar dadurch erfüllt, daß an Stelle der als Individuum ausscheidbaren Sache, welche eben wegen dieser Individualität als fremdes Vermögen ausscheidbar ist, eine Quantität zu leisten ist, bei welcher eine solche Ausscheidung aus dem Vermögen als fremdes Vermögensstück nicht möglich ist. Auf solche Weise kann eine jede Individualleistung zu einer allgemeinen Werthleistung werden, und bei dieser Werthleistung kann der Obligation nur durch Vorzugsrechte, durch privilegirte Schuldrechte, nicht mehr durch Absonderungsrechte eine bessere Stellung verschafft werden.

Ist also diese Aushilfe, um die Möglichkeit der Konsensualität des Miethvertrags gegenüber der Unmöglichkeit der Konsensualität des Darlehnsvertrags zu halten, verfehlt, so ist auch die weitere Argumentation von der Hauptpflicht und der Nebenpflicht schon an sich völlig verfehlt. Will man Kapital- und Zinspflicht als Haupt- und Nebensache scheiden, so mag man es thun; man muß aber nur aus einem solchen Haupt- und Nebensachenverhältnisse keine weiteren Konsequenzen ziehen, als die Rechtsquellen sie ziehen oder als aus der wirthschaftlichen Eigenschaft des Zinses als solchen hervorgeht. Der Zins kann nur entstehen, wenn es sich um eine Kapitalschuld handelt, es können nur solange Zinsen erwachsen, als die Kapitalschuld nicht rite getilgt ist. Im Uebrigen aber kann zwar die Rechtsordnung aus besonderen Gründen wirthschaftlicher oder ethischer Natur die Zinsschuld besonders behandeln und von dem Verhältnisse der Kapitalschuld irgend wie abhängig machen — z. B. statuiren, daß, wer das Kapital ohne Vorbehalt quittirt, damit auch die Zinsen quittirt —, aber hier handelt es sich immer um besondere Lebensbedürfnisse und Lebensauffassungen; von einer juristischen Herrschaft des einen oder anderen, von einer juristischen Nothwendigkeit, daß bei Kapital- und Zins-

schuld stets die erstere vorgehen müsse, kann nicht die mindeste Rede sein. So muß insbesondere die Lehre von der Imputation der Zahlungen, von der Kompensation u. A. nach ganz besonderen Grundsätzen behandelt werden.

Dazu kommt nun aber noch das weitere: Durch die Verzinslichkeit wird gerade die Kapitalschuld juristisch und wirthschaftlich zu etwas ganz anderem, als ohne dieselbe; gerade die Zinspflicht ist für das ganze Geschäft das maßgebende und entscheidende; die ganze Hingabe des Kapitals, verbunden mit der Rückzahlungspflicht, tritt in ein anderes Licht, nimmt eine andere Färbung an, wenn das Darlehn nicht gratis belassen wird, sondern gegen Zeitlohn; es ist ein fundamentaler Unterschied, ebenso wie zwischen Kommodat und Miethe, Kauf und Schenkung. Wie wäre es richtig zu argumentiren, daß die Kapitalschuld als das entscheidende erscheine, wo gerade durch die Verzinslichkeit das Geschäft als ein Verkehrskreditgeschäft besonderer Art sich charakterisirt? Daß das Kapital schließlich auch zurückgezahlt werden muß, denkt der Verleiher natürlich auch; in erster Reihe will er aber seine jährliche Rente, und meist ist es ihm am liebsten, wenn das Kapital stehen bleibt und die Rente recht lange pünktlich fließt.

Ich bin der Argumentation etwas näher gefolgt, weil sie gerade ein Beispiel unrichtiger doktrinärer Methode giebt, einer Methode, welche von bestimmten einmal angenommenen Begriffen ausgeht, statt von den Erscheinungen des Lebens, von unrichtigen Vorstellungen über Möglichkeit und Unmöglichkeit nach Maßgabe der einmal rezipirten Begriffe, anstatt von dem Zwecke der Rechtsinstitute und ihrer Aufgabe im Verkehrsleben: nach dieser Aufgabe müssen sich unsere Begriffe richten, nicht das Recht nach unseren Begriffen; denn die Pflanze richtet sich nach der Sonne, nicht die Sonne nach der Pflanze, und die mathematischen Sätze richten sich nach den Raumgesetzen, nicht die Raumgesetze nach jenen.

Aus diesem Grunde bin ich der Sache näher gefolgt; denn zur Widerlegung genügt ja völlig der Nachweis, daß der ganze Ausgangspunkt verfehlt ist — der Ausgangspunkt, als ob beim Synallagma die Sache so sein müsse, daß mit der einen oder anderen Obligation angefangen werden könne.

Dem Gesagten füge ich noch Folgendes bei: Niemand wird

leugnen wollen, daß ein Konsensualdarlehn, wie eine Miethe, wie ein Kauf, zunächst einseitig sein kann, indem es in das Belieben des einen Theiles, meistens des Leihers gestellt wird, ob er das Darlehn will oder nicht — richtiger gesagt, ob das Darlehn aktuell werden soll oder nicht. Ist dem so, so ist naturgemäß der Kapitalist nicht berechtigt, dem Leiher das Geld aufzudrängen und im Falle der Nichtannahme des Geldes doch die Zinsen zu verlangen. Ist dagegen der Vertrag sofort zweiseitig und darum sofort aktuell, weil ein jeder Theil es in der Hand hat, die Sache ins Werk zu setzen: der Kapitalist, indem er (zwar nicht Annahme des Kapitals aber) mit Darbietung des Kapitals die Zinsen verlangt, der Leiher, indem er das Kapital begehrt — dann ist es auch nicht mehr in das Belieben des einen oder anderen Theiles gestellt, ob die Sache vor sich gehen soll oder nicht.

Es handelt sich daher praktisch um die Frage, ob der Vertrag als einseitiges oder als sofort aktuelles d. h. zweiseitiges Geschäft gemeint ist; es handelt sich um diese Frage, wie es sich bei der Miethe darum handelt, ob beide Theile sofort gebunden sein sollen, oder ob der Miether die Sache an der Hand haben soll; im letzteren Fall ist ja auch der Vermiether an sein Wort gebunden, und das Miethverhältniß tritt ein, wenn der Miether will, aber auch nur, wenn der Miether will — während im normalen Falle der Miether und der Vermiether auf den Vollzug dringen können. Ob das eine oder andere vorliegt, ist natürlich quaestio facti; es kommt wesentlich darauf an, ob in dem Vertrag entscheidende Momente enthalten sind, welche die Aktualität in den Willen des einen der Kontrahenten legen. Bei der Miethe wird, wie bereits (S. 222) bemerkt, ein solches einseitiges Abkommen selten sein, häufiger beim Kapitalvertrage; weshalb es hier allerdings schwieriger ist, zu beurtheilen, ob der eine oder der andere Fall gegeben ist, da hier der eine Fall nicht so sehr die Regel und der andere nicht so sehr die Ausnahme bildet, sondern beide sich in die Herrschaft des Lebens theilen. Doch sind diese Schwierigkeiten nicht übergroß, sie sind bei weitem nicht so groß, wie bei vielen anderen Fragen des Lebens. Insbesondere wird eine bloß einseitige Gebundenheit sicher dann anzunehmen sein, wenn die Zeit der Darlehns-Hingabe nicht bestimmt, sondern in das Belieben des Leihers, des Geldnehmers gestellt ist, also etwa

wenn A. mit B. ausmachen würde, daß B. ihm in der Zeit von 2 Monaten, wenn es A. haben will, ein Darlehn geben solle. Auch dann ist nur ein einseitiges Darlehn gegeben, wenn etwa A. dem B. verspricht, ihm am ersten Juni ein Darlehn zu geben — denn diese Redeform bringt es aufs Deutlichste zum Ausdrucke, daß die Verpflichtung nur auf das Geben des Geldes, nicht auf das Nehmen, d. h. nicht auf die mit dem Nehmen verbundenen Pflichten gerichtet ist.

Ganz anders dagegen ist es, wenn der Vertrag dahin geht: A. hat dem B. am 1. Juni ein Darlehn von . . . . . zu geben; B. verspricht das Geld mit . . . . zu verzinsen und zurückzuzahlen; denn hierdurch ist genügend zum Ausdrucke gebracht, daß es, ebenso wie dem B. um das Geld, so dem A. um die Zinsen zu thun ist.

So war es in dem Falle, den ich in den Bad. Annalen Bd. 41 S. 242 f. zur Darstellung gebracht habe (Gesammelte Abhandl. S. 44 f.)[10]) Hier hieß es im Vertrag (Annalen S. 244):

Das Darlehen, welches auf den 1. Juli 1873 auszubezahlen ist, ist von da an während zwei Jahren zu 6 pCt. zu verzinsen. Nach Ablauf dieser beiden ersten Jahre ist das Darlehen zu 5 pCt. zu verzinsen.

In einem solchen Fall ist es nach allen Verkehrsanschauungen so, daß der Kapitalist vom 1. Juli an seine Zinsen haben will, ebenso wie der Leiher sein Geld. Man halte Umfrage in betheiligten Kreisen, ob das nicht die Vorstellung des Verkehrs ist! Und wenn nun von zwei an sich möglichen Auffassungen die eine die des Verkehrs ist, so ist damit die Richtigkeit erwiesen.

Daß auch ein einseitiges Darlehn, wornach (zunächst) bloß der Kapitalist, nicht der Leiher gebunden wird, möglich ist, habe ich (Annalen S. 254) ausdrücklich anerkannt. Es ist dort gesagt:

„Selbstverständlich sind auch Fälle möglich, wo sich nur der eine verpflichtet, das Darlehen zu geben, der andere dagegen nicht, es zu nehmen, so etwas liegt aber hier nicht vor."

Was Eisele hierüber S. 29 f. vorbringt, hat mit dem Vorigen bereits seine Widerlegung gefunden.

---

[10]) Hier ist allerdings der Aufsatz verändert und die Vertragsworte sind weggelassen.

## §. 5.

Haben wir nunmehr das Konsensualdarlehn juristisch fundirt, so sind die rechtlichen Folgen desselben im Einzelnen auszuführen.

Beim gegenseitigen Darlehn hat der Leiher einen Anspruch auf Hingabe des Kapitals; hat auch der Kapitalist einen Anspruch auf Abnahme des Geldes? Im strikten Sinne nicht; man kann nur soviel sagen: er hat, sobald er das Geld parat gelegt hat (mindestens jedenfalls mit der Deposition desselben)[11]) einen Anspruch auf soviel, als der Leiher zu zinsen hätte, falls er das Geld rechtzeitig angenommen hätte. Denn der Gedanke des Geschäfts ist nicht der, daß das Geld des Kapitalisten für ihn und in seinem Interesse aufbewahrt wird, daß es aufbewahrt wird — wenn nicht in specie, so doch in genere; der Gedanke ist nicht der, daß ein Anderer für den Kapitalisten das Geld hüten soll: der Gedanke ist der, daß das Geld dem Leiher in dessen lediglich eigenem Interesse gegeben werden soll. Es ist ebenso wie mit der Miethe: auch hier hat der dominus kein Recht auf Abnahme der Wohnung; er hat ein Recht nur auf Zahlung der Miethzinsen von dem Moment an, wo er die Wohnung parat gestellt hat. Etwas anderes könnte nur ausnahmsweise angenommen werden, sofern durch das Geschäft zugleich das Depositalinteresse des Kapitalisten befriedigt werden soll;[12]) so etwas ist möglich — ebenso wie bei der Miethe; es ist aber nicht das übliche und bedürfte besonderer Vereinbarung; dies sind eben komplizirtere Verhältnisse.[13])

Der Kapitalist hat also keinen Anspruch auf Abnahme des Geldes im strikten Sinne: die Abnahme des Geldes ist des Leihers Recht, nicht seine Pflicht; nimmt er das Geld nicht, so ist er in mora accipiendi. Dagegen ist es seine Pflicht, die

---

[11]) Ob noch die Deposition nöthig ist, kann hier dahingestellt werden. Vgl. meine Abhandl. in Ihering's Jahrb. XVII S. 382 f. Das römische Recht hat in dieser Frage geschwankt, ebenso wie das indische; vgl. Vishnu VI 10 (Jolly's Uebersetzung p. 43), Gautama XII 33, Yajnavalkya II 44, Mayûkha (Ed. Mandlick) p. 103. Vgl. auch Colebrooke, Digest I 79.

[12]) Man vgl. noch Bornemann, Preuß. Civilrecht III S. 143.

[13]) Vgl. in dieser Beziehung meine Abhandl. im Arch. f. civ. Prax. Bd. 71 S. 397 f.

Zinsen zu bezahlen; hiermit ist die Parallele zur Miethe völlig hergestellt.[14])

Verleiht der Kapitalist das zugesagte Kapital anderwärts verzinslich oder hat er es in verzinslichem Depot, so gehen natürlich die Zinsen, welche er hier bekommt, von den Zinsen, welche ihm der Leiher zahlen soll, ab, da er keinen zweifachen Zeitlohn beziehen darf. Angemessen ist es allerdings, hier eine durchgreifende Bestimmung zu geben, indem ein- und für allemal gewisse Zinsen in Abzug genommen werden, welche der Darleiher ohne Mühe durch Zinsdepot erlangen könnte.[15])

## §. 6.

Darlehn und Miethe als zweiseitige Verträge haben die Eigenthümlichkeit, daß die eine der Pflichten, die Restitutionspflicht, nur entsteht, wenn die Sache oder das Kapital empfangen worden ist; denn der Leiher soll restituiren, er soll zurückgeben, was er erhalten hat; die Rückgabe setzt den Empfang voraus. Wenn daher auch der Darleiher das Geld paratlegt oder deponirt, so kann solches zwar sonstige Obligationen, insbesondere die Zinsobligation zur Entwickelung bringen, aber keine obligatio restituendi erzeugen; ganz ebenso bei der Miethe: wenn der Miether die Wohnung nicht annimmt, welche ihm der Vermiether vertragsmäßig paratstellt, so kann der Miether sonst aus dem Vertrage haftbar werden, aber er kann nicht zur Rückgabe dessen verpflichtet sein, was er gar nicht empfangen hat.

Aus dieser Eigenart erklären sich eine Reihe von Erscheinungen des Kapitalvertrags, insbesondere folgende:

Verspricht der Kapitalist eine Spezies zu liefern — z. B. er verspricht bestimmte 20 Flaschen Wein zu geben gegen Restitution von tantundem — so geht die Gefahr auf den Leiher erst mit der Uebernahme über;[16]) sie geht nicht schon über mit dem Vertrage,

---

[14]) Kreittmayr Anmerkungen ad C. Max. Bav. civ. IV 2 §. 3 u. 4 (Ed. 1821 IV S. 102f.) erklärt, daß der Leiher das Kapital annehmen müsse, sofern dem Gläubiger „wegen der Zinsen oder sonst daran gelegen ist".

[15]) Eigenartig ist hier Preuß. LR. I 11 §. 660.

[16]) Daher darf man auch in solchem Falle der Versuchung nicht Raum geben, das Darlehnsgeschäft mit dem Kaufgeschäft parallel zu setzen; auch wenn die Rückzahlung in anderer Art und Güte erfolgen soll, so bleibt immer noch der

sie geht auch nicht über mit der mora accipiendi: denn mit der mora accipiendi geht nur die Gefahr über in Bezug auf die Gegenleistung, nicht in Bezug auf die Rückleistung. Wenn daher die 20 Flaschen zu Grunde gehen, bevor sie der Leiher angenommen hat, so ist zu unterscheiden: gehen sie zu Grunde, bevor der Leiher in mora accipiendi ist, so hat der Leiher nichts zu leisten, weder Kapital noch Zinsen; gehen sie aber unter, nachdem mora accipiendi eingetreten ist, so hat er Zinsen zu leisten, aber kein Kapital.

Anders ist es nur dann, wenn die Annahme des Kapitals für den Leiher nicht nur ein Recht, sondern auch eine Pflicht ist, sofern nämlich der Kapitalist zu gleicher Zeit für sein Kapital einen sicheren Verwahr wünscht. Ist der Leiher zur Abnahme verpflichtet, so ist er natürlich auch verpflichtet, allen Schaden zu tragen, welcher durch die Nichtabnahme entsteht; dann liegt nicht blos mora accipiendi, sondern auch mora solvendi vor (das Aufbewahren d. h. das Abnehmen gegen Restitution ist dann ein solvere). Allein in solchem Falle liegt kein reines Darlehn vor, sondern ein komplizirteres Verhältniß. Uebrigens besteht auch hier nicht die Pflicht zur Rückgabe, sondern die Pflicht zur Entschädigung, sofern der andere Theil durch die Nichtübernahme der Sache Schaden leidet.

Entsprechend den Entwickelten geht auch nach französischem Rechte das Eigenthum an der betreffenden Species nicht schon über mit dem Vertrage, sondern erst mit der Uebergabe und Uebernahme: der Art. 1138 C. civ. findet hier keine Anwendung.

Dies ist das Gebiet, auf welchem das französische Recht insbesondere die Frage über die Real- oder Konsensualnatur des Darlehns zur Verhandlung bringt. Wer hier das Darlehn als Konsensualvertrag behandelt, von dem nimmt man namentlich an, daß er Eigenthum und Gefahr einer (etwa versprochenen) Species sofort übergehen lassen will. Diese Annahme wird aber nur von wenigen vertreten, insbesondere von Duvergier, während die meisten anderer Ansicht sind, so Troplong, Prêt Nr. 184, Baudry-Lecantinerie, Précis de droit civil III p. 477 f., Pont, Petits Contrats I

---

Gedanke, daß die Rückgabe wirkliche Rückgabe ist. Ueber die Kauftheorie vgl. auch Cohn in Endemann's Handb. d. Handelsrechts III S. 840 f. Sie findet sich auch im islamitischen Rechte, vgl. Z. f. vgl. Rechtsw. VI S. 249.

Nr. 138, Laurent, Principes XXVI Nr. 486, Dalloz, Rép. alphabéth. v. Prêt Nr. 141—143. Wenn also die Franzosen sagen, das Darlehn sei ein Real-, kein Konsensualvertrag, so wollen sie damit namentlich die gedachte Konsequenz ablehnen; diese Konsequenz lehnen wir aber auch ab, sie ist keine Konsequenz des Konsensualsystems, sondern nur eine Konsequenz der unrichtigen Behandlung desselben.

Eine zweite Erscheinung, in welcher die Eigenart des Mieth- und des Kapitalvertrags kraft der Eigenart des Restitutionsrechts hervortritt, ist folgende: Klagt der Vermiether oder der Kapitalist auf Restitution, so gehört die Behauptung der Uebergabe der Mieth- oder Kapitalsache zur Klagebehauptung; sie ist nicht eine bloße Replikbehauptung gegenüber der exceptio non adimpleti contractus. Wer nämlich Rückgabe verlangt, der sagt damit implicite, daß er gegeben hat; die Thatsache des Gebens ist daher Klagethatsache und muß näher entwickelt werden. Ganz anders, sofern es sich um Zinszahlung handelt; die Zinsen können auch geschuldet sein, wenn das Kapital gar nicht gegeben wurde, wenn beispielsweise der Kapitalist das Geld paratgelegt hat und der andere Theil in mora accipiendi gewesen ist; ebenso die Miethzieler, wenn die Miethwohnung paratgestellt ist und der Miether nicht eingezogen ist. Daher ist es begreiflich, daß die Rechtsordnung im Civilprozesse die sofortige Klarlegung der Uebergabethatsachen verlangt, wenn die Klage auf Restitution gerichtet ist, während die Darlegung der Uebergabe- oder Moraverhältnisse bei der Zinspflicht nur dann als erforderlich erscheint, wenn der andere Theil sich auf diesen Punkt besonders bezogen hat. Die Eintheilung der Thatsachen in Klage- und Replikthatsachen beruht auf der Erwägung, daß eine völlige Darlegung aller maßgebenden thatsächlichen Verhältnisse vielfach nicht von vorn herein ein absolutes Bedürfniß ist, sondern, wo Elemente und Gegenelemente sich kontrebalanziren, eine Darlegung solcher verwickelten Verhältnisse nur erforderlich ist, wenn der Beklagte das Gegenelement geltend macht und damit behauptet, daß es in Kraft steht und nicht aufgewogen, nicht kontrebalanzirt ist. Daher ist es erklärlich, daß der Verkäufer zwar in der Klage das Zustandekommen des Vertrags behaupten muß, nicht aber auch, daß er die Waare geliefert hat — denn möglicher Weise ist auch ohne Lieferung die actio venditi erwachsen und kräftig geworden; und ebenso ist es erklärlich, daß

der Kapitalist, wenn er die Rückzahlung will, die Zahlung behaupten muß, nicht aber wegen der Verzinsung.

Auch die Lehre von der Vertheilung des Prozeßmaterials darf nicht in doktrinärer Weise behandelt werden; die Vertheilung ergiebt sich aus den Bedürfnissen des Prozeßlebens.

§. 7.

Gehen in dieser Frage Darlehn und Miethe pari passu, so sind einige andere Fragen dem Darlehn allein eigen, weil sie auf die Fungibilität des Darlehnskapitals gebaut sind. Die erste Frage ist die, ob der Kapitalist berechtigt ist, der Klage des Leihers auf Auszahlung des Kapitals eine Kompensationseinrede entgegenzustellen.

Daß, wenn der Kapitalist von dem Leiher Geld zu fordern hat, dieser ihm compensando entgegenhalten kann, daß er ihm ein Darlehnsgeld zu zahlen versprochen habe, steht außer Zweifel; kann aber auch der Kapitalist gegenüber der Darlehnsforderung des Leihers, gegenüber der Forderung auf Auszahlung des versprochenen Darlehns, seine Gegenforderung geltend machen, so daß der Leiher anstatt des Geldes den kompensationsweisen Erlaß dieser Gegenforderung erhält und dafür nun seiner Zeit Zinsen und Kapitalsumme zu entrichten hat, obgleich er realiter kein Darlehnsgeld bekam?[17]) Man hat gesagt, dies sei den Lebensverhältnissen widersprechend, und da solches aus der Konstruktion des Konsensualdarlehns folge, so sei dieselbe zu verwerfen. Es ist nun allerdings richtig, daß solches den Lebensverhältnissen widerspräche, aber es wäre unrichtig, hieraus einen Gegengrund gegen das Konsensualdarlehn zu entnehmen. Die Kompensation hat nämlich ihre natürlichen Schranken da, wo eine Forderung einen besonderen Zweck verfolgt, welcher durch die Kompensation vereitelt würde, — einen Zweck, welchen die Forderung verfolgt nicht nach der alleinigen individuellen Absicht des Forderungsberechtigten, sondern nach Maßgabe der ganzen Anlage der Forderung und ihres Verkehrscharakters. Bei der Darlehnsobligation nun ist es so, daß zwar für die zu zahlende Darlehnssumme kein bestimmter Zweck im Geschäfte zum Ausdruck gelangt: die Verwendung

[17]) Diese und andere Fragen werden auch von den Motiven des deutschen Entw. II S. 306 berührt. Vgl. auch Eccius, Theorie und Praxis des heutigen Preuß. Privatrechts II S. 232 f., 235.

des Darlehns ist dem Leiher überlassen; aber das Darlehn verfolgt doch den allgemeinen Zweck, daß der Leiher baar Geld zu beliebiger Disposition erhält. Wer sich ein Darlehn zusichern läßt, der will in den Besitz von Geld kommen, um darüber beliebig verfügen zu können, er will eine Geldkraft haben, vermöge deren er seine Einzelzwecke erfüllen kann. Wenn daher auch das Darlehnsgeschäft nicht seinen Spezialzweck hat, so verfolgt es doch den generellen Zweck, die Verfügungskraft des Leihers zu steigern. Daraus geht von selbst hervor, daß der Anspruch auf Auszahlung des Darlehnsgeldes keine Kompensation verträgt. Denn dadurch würde der Zweck, daß der Leiher Geld zur beliebigen Verwendung erhält, völlig elidirt; der Kapitalist würde den Leiher dadurch nöthigen, das Geld auf die bestimmte Schuld zu verwenden, welche er in Kompensation bringt, oder vielmehr er würde dadurch das Geld, das er auszuzahlen hätte, nach seiner Bestimmung und seiner Verfügung in das Bett einer bestimmten Schuld lenken. Die Folge wäre, daß nicht die Verfügung des Leihers über das Geld entschiede, sondern die Verfügung des Kapitalisten, ein Umstand, welcher um so mehr hervortritt, wenn man sich den Fall denkt, daß der Leiher mit dem Geld andere, dringendere Schulden begleichen will und der Kapitalist die Summe auf die betreffende Kompensationsschuld festnageln wollte.

Daher versteht es sich von selbst, daß der Kapitalist unter allen Umständen die Baarleistung vollziehen muß und sich nicht hinter einer Kompensationseinrede verschanzen darf.[18]) Es geht dies aus dem Zwecke des Geschäfts und aus dem Wesen der Kompensation und den diesem Wesen von selbst inhärenten Schranken hervor; es sind nicht konstruktive Gründe, welche die Kompensation ausschließen.

Die weitere Frage, ob der Leiher berechtigt ist, seinen Geldanspruch zu cediren, ist unbedenklich zu bejahen. Natürlich wird dadurch lediglich die Zahlung des Geldes an den Dritten bewirkt, nicht auch, daß der Dritte das Darlehn zu verzinsen und zurückzuzahlen hat; diese Verpflichtungen obliegen dem Leiher und verbleiben ihm. Es ist dem Leiher gestattet, — wie er das Geld nach Empfang einem

---

[18]) Es ist also derselbe Satz, wie der, daß eine Bank ihre Banknoten baar einlösen muß und sich hiergegen nicht auf Kompensation berufen kann; vgl. Dernburg, Kompensation S. 520 f. Vgl. auch noch Eisele, Kompensation S. 380.

Dritten übergeben, wie er dasselbe schon vor Empfang einem Dritten anweisen kann, — so auch eine solche Anweisung an den Dritten durch Cession zu fixiren. Hiergegen ließe sich nur geltend machen, einmal daß es dem Wesen des Darlehns widerspräche, wenn der Leiher schon vor Empfang des Geldes sich der Disposition begeben würde; allein dies ist ein Moment, welches nicht entscheidend in Betracht kommen kann: eine solche Disposition in futurum geht nicht über das erlaubte Maß hinaus, wie es denn auch unbedenklich gestattet wäre, die Darlehnsforderung zum Voraus zu einer kompensabeln zu machen, falls es den Parteien im Vertrage so beliebte. Weiter könnte man entgegenhalten, daß die Sicherheit der Darlehnsrückzahlung gefährdet wäre, wenn der Leiher das Geld gar nicht in die Hand bekäme und schon zum Voraus darüber disponirte. Doch auch dies ist kein durchschlagender Grund, da ja auch nach Empfang des Geldes dasselbe im zweiten Augenblicke schon verschwunden sein kann.

Mithin spricht nicht das Mindeste gegen die Cessibilität des aus dem Geldversprechen des Kapitalisten hervorgehenden Anspruchs; im Gegentheil, es gehört die Möglichkeit der Cession zur Negoziabilität des Darlehns: es kann den ernstesten, wichtigsten Lebenszwecken dienen, daß der Leiher jetzt schon das versprochene Geld in bestimmte Hände legen kann; und daß unsere Konstruktion diesem auf so leichte Weise Zugang giebt, zeugt wieder von ihrer praktischen Richtigkeit, — während es bei der Vorvertragskonstruktion schwer wird, es zu konstruiren, daß der Leiher (mit welchem erst der Vorvertrag abgeschlossen ist, während der Realvertrag noch abgeschlossen werden soll) über den künftigen Realvertrag in der Art verfügen könnte, daß eine dritte Person das Recht auf Auszahlung des Geldes bekäme, während er selbst doch das Zins- und Rückgabeversprechen abzulegen hätte.

Daß übrigens die Cessionsfrage dem Konsensualdarlehen eigen ist und bei der Miethe nicht auftaucht, ist begreiflich; bei der Fungibilität des Geldes, bei welchem es sich um Restitution in genere, nicht in specie handelt, hat der Kapitalist kein Interesse daran, ob die Auszahlung an den Hinz oder Kunz erfolgt; bei der Miethe aber handelt es sich um lediglich Gebrauchsüberlassung und um Restitution in specie; und ob A. oder B. den Gebrauch der Sache

hat, daran ist natürlich der Dominus im höchsten Maß interessirt.

Ist der Anspruch auf das vom Kapitalisten zu zahlende Geld cessibel, so ist er allerdings auch der Beschlagnahme Dritter eröffnet, sofern eben auch sonstige Zweckansprüche beschlagnahmt werden können. Es besteht auch kein Grund, einer solchen Beschlagnahme entgegenzutreten, denn der Zweck ist nicht so exclusiv, daß die Rechte der Gläubiger zurückstehen müßten; wenn der Schuldner durch den Vertrag baar Geld erstrebt, so versteht sich zwar von selbst, daß ihm der Gläubiger nicht durch Kompensation entgegentreten darf, weil solches den Intentionen des Vertrags und den spezifischen Verpflichtungen des Kapitalisten widerspräche;[19]) aber daraus folgt nicht, daß auch Dritte, welche dieser Vertrag nichts angeht, daran gebunden wären und dem Leiher das baare Geld belassen müßten, das sie für sich beanspruchen.

Ein dritter, speziell mit der eigenen Natur des Darlehns als eines Vertrags über fungibles Kapital zusammenhängender, Satz ist folgender:

Bei der Fungibilität des Kapitals läuft der Kapitalist gemeinhin ein weit größeres Risiko, als der Vermiether. Daher der Satz, daß der Kapitalist vor Auszahlung des Geldes Sicherung verlangen kann, wenn der Leiher unterdessen kreditunwürdig geworden ist;[20]) denn bei so eminenten Kreditgeschäften ist anzunehmen, daß die Sicherung bei der Auszahlung dieselbe sein muß, wie bei dem Versprechen — mindestens, daß diese Sicherung nicht bedeutend schwächer geworden sein muß.

Die nämliche Erwägung dringt durch, wenn die Kreditunwürdigkeit des Leihers schon zur Zeit des Versprechens bestand, aber dem Kapitalisten (ohne sein grobes Verschulden) unbekannt geblieben ist. Zwar kann man in diesem Fall entgegenhalten, der Kapitalist habe sich durch bessere Erkundigung sichern können; allein oft trügt auch eine sorgfältige Erkundigung, und es ist gegen die Aequität, ihn völlig hülflos zu lassen. Es wird sich daher empfehlen, ihm mindestens

---

[19]) Der Kapitalist dürfte dies auch nicht indirekt dadurch bewirken, daß er die Forderung bei sich selbst als Drittschuldner beschlagnahmen ließe.

[20]) Vgl. Preuß. LR. I 11 §. 656, 657. Vgl. auch Oesterreich. Gesetzb. §. 936

dann zu Hülfe zu kommen, wenn bereits eine völlige Kreditunwürdigkeit eingetreten war.[21])

§. 8.

Der Vorvertrag behält daher in Darlehnssachen seine Stellung nur in Fällen, in welchen die Verhältnisse nicht zum Konsensualdarlehn angelegt sind; also in dem Falle, wenn das Darlehnsrückversprechen des Leihers zur Zeit des Darlehnsempfangs in einer besonderen Form erfolgen soll (z. B. in Wechselform)[22]), und in dem Falle, wenn einstweilen zwar eine Zusicherung gemacht werden soll, aber unbestimmter Art, wobei die Unbestimmtheit seiner Zeit durch arbitrium boni viri zu ergänzen ist: A. verspricht dem B. ein Darlehn zu geben nach den Bedingungen, wie sie seiner Zeit im Kapitalverkehre üblich sein werden; so daß daher in der Zukunft die vertragsmäßige Formung erst mit Inhalt erfüllt werden soll. Hier, wo der Aktualität des Geschäfts einer Feststellung und Fixirung vorhergehen muß, ist die Konstruktion des Vorvertrags angemessen. Natürlich entsteht hier die weitere Frage, ob im einzelnen Falle die Unsicherheit keine so große ist, daß sie den Bestand eines bindenden Vertrags sprengt,[23]) und ob wirklich ein zivilistisch bindender Vertrag und nicht bloß ein lediglich in foro interno wirkendes Naturalversprechen vorliegt.

§. 9.

Aus dem Gesagten ergiebt es sich, daß es allerdings zu weit geht, wenn das schweizerische Obligationenrecht in dem §. 329 das Darlehn lediglich als Konsensualdarlehn definirt; auch die Definition des Kommodats in §. 321 streift den Konsensualkontrakt, ebenso die des Depositums in §. 475 — obschon in beiden letzteren Fällen die Definition auch auf den Realvertrag passen dürfte.[24]) Aber die Inkorrektheit ist nicht größer, als wenn, wie gewöhnlich, der Kauf

[21]) Schweizer Obligat.-Recht a. 332.

[22]) Vgl. Gesammelte Abhandl. S. 60.

[23]) Vgl. Sächs. Gesetzb. §. 1068, Oesterreich. Gesetzb. §. 936.

[24]) Es paßt auch auf den Realvertrag, wenn es heißt, daß der Kommodant sich verpflichtet, eine Sache zu unentgeltlichem Gebrauche zu überlassen, oder daß der Depositar sich verpflichtet, eine Sache, welche ihm der Deponent anvertraut, zu übernehmen und sie an einem sicheren Orte aufzubewahren. Nur die Worte „zu übernehmen" machen hier Schwierigkeit.

nur als Konsensualvertrag definirt wird, während der Kauf sogar zweiseitiger Realvertrag sein kann.

Der deutsche Entwurf ist darin zu loben, daß er sich einer Definition des Darlehns enthält; es bedarf dessen nicht und die Wissenschaft hat hiernach freie Hand, die Natur des Darlehns als Konsensual- oder als Realkontrakt zur Durchführung zu bringen. Der §. 458, welcher das Recht giebt, im Falle der wesentlichen Kreditgefährdung von der Darlehnszusage zurückzutreten, ist dahin zu ergänzen, daß auch, wenn der Leiher schon zur Zeit des Darlehnsversprechens völlig kreditunwürdig war, dieses aber dem Kapitalisten unbekannt blieb, ein Rücktritt gestattet ist. Denn so etwas involvirt nicht nur einen Irrthum in den Motiven, sondern einen Irrthum in den, gerade hier ganz besonders in Betracht kommenden, substantiellen Verhältnissen der Person.

Auch gegen den §. 549, bezüglich der Gebrauchsleihe, ist kein wesentlicher Einwand zu machen: nach der Fassung der Stelle ist es wiederum freie Sache der Wissenschaft, zu bestimmen, ob im speziellen Falle Konsensual-, ob Realvertrag vorliegt; in §§. 550 und 551 wäre es darum auch genügend, wenn das Gesetz vom Verleiher spräche; der Zusatz: „sowie derjenige, welcher die Verleihung einer Sache zugesagt hat,“ kann füglich wegbleiben. Auch der §. 614 bezüglich des Hinterlegungsvertrags scheint uns der freien wissenschaftlichen Konstruktion in keiner Weise Schranken zu setzen. Hier ist die für jede Art des Depositums, auch für das Konsensualdepositum zutreffende Wahrheit ausgesprochen, daß der Depositar die *übergebene* Sache aufzubewahren habe; es verhält sich also hiermit ebenso, wie mit der Bestimmung des §. 549, daß der Kommodatar die *empfangene* Sache vertragsmäßig gebrauchen und zu der vertragsmäßigen Zeit zurückgeben soll. Denn auch beim Konsensualdepositum und -Kommodat versteht es sich von selbst, daß die Rückgabepflicht erst von der Uebergabe der Sache beginnt. Sobald lediglich dieses Pflichtverhältniß bestimmt ist, sobald das Gesetz sich nicht auf das Gebiet von verfehlten Definitionen begiebt, ist der Wissenschaft die volle Freiheit gewahrt, die Lebensverhältnisse in einer zutreffenden und zureichenden Weise zur juristischen Konstruktion zu bringen.

10.

# Rechtssätze aus gerichtlichen Entscheidungen.

Zusammengestellt von J. Kohler.

## 1. Namen der geschiedenen Frau.

Appellhof Nimes, 8. August 1887.

Die Frau verliert durch die Ehescheidung den Namen ihres Mannes.

Dalloz, Recueil périodique et critique de jurisprudence, législation et de doctrine 1889 II. p. 10.

### Bemerkung.

Die französische Gesetzgebung hat keine ausdrückliche Bestimmung über die Frage. Dieselbe ist daher auch in der Jurisprudenz kontrovers. Vgl. die weiteren Urteile bei Dalloz l. c. p. 9 und 10. Die gegebene Entscheidung involvirt eine Härte für den Fall, daß die Frau die Ehescheidung gegen den Mann erwirkt hat; soll sie nicht mehr so heißen, wie ihre Kinder? Und ist es denn richtig, daß der Name nur gilt für den Bestand der Ehe; wie, wenn der Ehemann stirbt? Anderseits hat der Ehemann, welcher die Scheidung gegen die Frau erwirkt, oft ein sehr berechtigtes Interesse, daß die Frau nicht mehr unter seinem Namen verkehrt. Daraus ergibt sich die Bestimmung als die zutreffende, daß der geschiedenen Frau zwar im Allgemeinen der Name des Mannes bleibt, daß aber der Ehemann ihr den weiteren Gebrauch verbieten kann, wenn die Ehescheidung gegen die Frau erkannt worden ist. Daß die Frau sich übrigens in jedem Falle wieder ihres Mädchennamens bedienen darf, halten wir für sicher; strikte verloren hat sie ja den Namen nicht, und sie kann ein berechtigtes Interesse haben, nicht mehr unter dem Namen des Mannes zu leben. Vergleiche in dieser Beziehung das Preußische Landrecht II 1 §. 741, 742 und das Badische Landrecht a. 299a. Der deutsche Entwurf hat sich dagegen in §. 1455 der Bestimmung des Sächsischen Gesetzbuchs (§. 1748) angeschlossen, wornach die geschiedene Frau den

Familiennamen behält. Diese Entscheidung der Frage deckt meines Erachtens die dabei in Betracht kommenden Interessen bei Weitem nicht in der entsprechenden Weise, und das öffentliche Interesse, welches für die Konstanz des Namens spricht, ist durchaus nicht so überwältigend, daß alle anderen Interessen darob zurücktreten müßten.

Auch die Aushülfe wäre passend, daß etwa der Verlust des Namens durch das Gericht ausgesprochen werden könnte, und das Gericht hätte dann ex aequo et bono zu erkennen; es würde der Frau den Namen des Mannes dann absprechen, wenn der Mann ein erhebliches berechtigtes Interesse an dem Nichtgebrauche seines Namens hätte und dieses Interesse zur Geltung brächte.

## 2. Res extra commercium.

### Regenwasser.

Appellhof Palermo, 14. August 1886.

Das auf öffentlichem Boden gesammelte Regenwasser, welches keinem öffentlichen Zwecke dient, sondern nur gesammelt wird, um abgeleitet zu werden, ist im Privateigenthume der Gemeinde und steht daher in commercio. Es kann Gegenstand des Rechtsverkehrs und der Ersitzung sein.

Quelle (sc. acque piovane), però, che cadono nel suolo comunale, non possono dirsi fuori commercio, quando nessuna destinazione all' uso pubblico ne ricevono. Esse potrebbero piuttosto, pel principio di accessione, ritenersi di propietà privata del Comune, e da che la polizia stradale commette alla autorità amministrativa la libera circolazione, perciò spetta a costei, onde tenere sgombre le vie, deviarle, permettere ai proprietari adiacenti di derivarle, o concederne l'uso.

Circolo giuridico (Sampolo) XX disp. 231, 232, Decisioni civili p. 65 f.

## 3. Pertinenzen.

Oberster Gerichtshof Wien, 2. Oktober 1888.

Sind Fahrnißgegenstände bei einem Pächter gepfändet worden, so können dieselben dem Pfändungsrechte nicht dadurch entzogen werden, daß der Pächter das Eigenthum des Grundstücks, zu welchem dieselben gehören, erwirbt; er kann durch eine Widmung derselben für jenes unbewegliche Gut nicht in die Rechte der Pfandgläubiger eingreifen.

Geller, Oesterreich. Centralblatt für die jurist. Praxis VII S. 94.

### Bemerkung.

Vergleiche meinen Aufsatz über die Pertinenzen in Ihering's Jahrb. XXVI S. 67 f.

## 4. Nachbarrecht.

a) Englischer High Court, Chancery Division.

Man kann von dem Nachbarn nicht das Ablassen von einem Gewerbe verlangen, welches lediglich einem besonders heikeln eigenen Gewerbebetriebe hinderlich ist.

Pollock, Law Quarterly Review V p. 337.

Bemerkung.

Sehr richtig; im Nachbarrechte kann nur der allgemeine Standpunkt, nicht der spezielle Standpunkt des individuellen Bedürfnisses und der individuellen Wünsche des Eigenthümers in Betracht kommen; man kann also vom Nachbarn verlangen, daß er einen solchen Gewerbebetrieb unterläßt, welcher der regelmäßigen Nachbarschaft schädlich ist, nicht aber wenn derselbe lediglich einem eigenen Gewerbe hinderlich ist, welches seine speziellen Voraussetzungen hat. Es kann ja ein Gewerbebetrieb so beschaffen sein, daß ihm selbst die regelmäßigste Ausnutzung des Nachbarguts schädlich ist. Niemand kann vom Nachbarn etwas besonderes für sich begehren. Die Folge wäre, daß bei der Möglichkeit des ständigen Wechsels des Eigenthums die Nachbarrechte stets oszilliren würden und niemals zu einer Festigkeit kämen, die doch bei derartigen Anlagen erstrebt werden muß. Daher kann nur der allgemeine Gesichtspunkt der Lebensbedürfnisse und Lebensgewohnheiten entscheidend sein.

b) Oberlandesgericht Karlsruhe, 11. Mai 1887.

Der Nachbar braucht sich die Belästigung durch den Rauch einer Fabrik nicht gefallen zu lassen, wenn diese Belästigung durch den unvollkommenen Zustand der Einrichtungen herbeigeführt wird; der Fabrikbetreibende ist gehalten, diejenigen Verbesserungen anzubringen, welche die Beeinträchtigung des Nachbarn auf ein möglichst geringes Maß beschränken. Dies gilt auch dann, wenn der Betrieb der Anlage in ihrer bisherigen Beschaffenheit besonderen Vortheil gewährte.

Annalen der Badischen Gerichte Bd. 54 S. 195.

## 5. Pactum reservati dominii.

Cour civile von Waadt, 28. Dezember 1888.

Der Mobiliarverkauf kann gültig unter pactum reservati dominii stattfinden.

Z. f. Schweizerisches Recht N. F. VIII, Revue der Gerichtspraxis VII S. 64.

Bemerkung.

Vergleiche Archiv für bürgerliches Recht I S. 353.

## 6. Vertrag unter Abwesenden.

Supreme Court am Kap, 27. Februar 1889.

A. offerirt telegraphisch von Kapstadt nach Kimberley um 3 Uhr Nachmittags. B. antwortet am gleichen Tag Abends, die Depesche kommt aber in der Nacht an und wird erst am folgenden Tage zugebracht. Die Annahme ist innerhalb eines reasonable time erfolgt und daher der Vertrag abgeschlossen.

Cape Law Journal VI (1889) p. 105.

## 7. Causa illicita.

a) Appellhof Pau, 31. Januar 1889.

Der Verkauf eines Spielhauses ist rechtlich nichtig, weil er eine causa turpis enthält.

Sirey, Recueil général des lois et des arrêts 89 II p. 52.

Bemerkung.

Vergleiche dieses Archiv I S. 359. Vergleiche auch Zeitschrift für französisches Civilrecht XX S. 7 f. und die dort angeführten Entscheidungen.

b) Kassationshof, 23. Juni 1887.

Ein Geldversprechen, welches zum Zwecke hat, das zwischen dem Promittenten und der Gegnerin bestehende Konkubinatsverhältniß aufrecht zu erhalten, ist nichtig.

Dalloz, Recueil Périodique 1889 I p. 36.

## 8. Ehemakellohn.

Obergericht Zürich, 8. Dezember 1888.

Die Vermittelung von Heirathen gegen Geldentschädigung ist zwar an und für sich nichts Unsittliches; sie wird aber unsittlich, wenn die Ehe lediglich des Geldinteresses willen erfolgt und jeglicher moralischen Grundlage entbehrt, und wenn dies dem Vermittler bekannt ist.

Z. f. Schweizerisches Recht N. F. VIII, Revue der Gerichtspraxis VII S. 60.

Bemerkung.

Vergleiche Archiv für bürgerliches Recht I S. 358.

## 9. Konkurrenzabfindung.

Obergericht Luzern, 3. Februar 1888.

Die Vereinbarung, daß Jemand gegen Entgelt es unterläßt, bei einer öffentlichen Versteigerung mitzubieten, ist nichtig, als dem Zwecke des Versteigerungsverfahrens widerstrebend.

Zeitschrift d. Bernischen Juristenvereins XXV S. 266.

## 10. Haftung des Herausgebers eines Adreßbuchs.

Appellhof Toulouse, 14. Januar 1887.

Der Herausgeber eines Adreßbuchs ist für ungenaue Angaben, welche dem betreffenden Kaufmanne Schaden bringen, nur dann zu Schadenersatz verpflichtet, wenn er in böser Absicht gehandelt hat. Hätte er in böser Absicht gehandelt, dann könnte ihn allerdings auch ein Vorbehalt, worin er alle Verantwortung ablehnt, nicht von der Haftung entbinden.

Pataille, Annales de la propriété industrielle XXXII (1887) p. 261.

Bemerkung.

Vergleiche Archiv für bürgerliches Recht I S. 356 f.

## 11. Genuskauf; quanti minoris.

Schweizerisches Bundesgericht, 13. September 1888.

Auch beim Genuskaufe kann der Richter, statt auf Redhibition, auf Preisminderung erkennen (nach Schweizerischem Obligationenrecht a. 250).

Z. f. Schweizerisches Recht N. F. VIII, Revue der Gerichtspraxis VII S. 12 f.

Bemerkung.

Daß der Richter ex aequo et bono auch bei der Redhibitionsklage auf Preisminderung erkennen kann, halten wir für eine besonders praktische Bestimmung des Schweizerischen Gesetzbuchs. Sehr häufig sind die Verhältnisse so gelagert, daß der Fehler nur ganz untergeordneter Art ist und daß die Redhibition für den Veräußerer eine übermäßige Härte involvirte. Es gibt auch Fälle — insbesondere bei starken Krisen —, wo mancher Erwerber à tout prix vom Kaufe loszukommen sucht und sich am kleinsten Mangel hält, um die Sache wieder rückgängig zu machen. Hier ist der Satz des Schweizer Obligationenrechts a. 250, daß der Richter den Ersatz des Minderwerths zusprechen kann, „sofern nach seinem Ermessen die Umstände es nicht rechtfertigen, den Kauf rückgängig zu machen" — ein wahrer Segen. Es ist ein aequum jus neben dem jus strictum.

## 12. Gesellschaftsrecht.

Appellhof Lüttich, 5. Dezember 1888.

Eine Kommanditgesellschaft in der Art, daß der persönlich haftende Sozius dem Kommanditisten für den Fall des Verlustes verspricht, die ganze eingebrachte Summe sammt Zinsen zurückzuzahlen, ist eine societas

leonina und (nach französischem Recht a. 1855)[1]) nichtig. Hat eine solche Gesellschaft nichtsdestoweniger faktisch bestanden, so ist sie als communauté de fait nach Maßgabe des Gesetzes (a. 1853) zu behandeln und zu liquidiren.

Smets, Revue pratique des sociétés 1889 p. 119 f.

## 13. Lebensversicherung.

a) Kassationshof Paris, 7. August 1888.

Auch wenn die Versicherung zunächst im allgemeinen zu Gunsten der Erben genommen und später durch Bestimmung des Versicherungsnehmers auf die überlebende Ehefrau gestellt wurde, ist das Recht der Ehefrau ein direkt aus dem Vertrag in favorem tertii fließendes, es ist kein Recht, welches zuerst in dem Vermögen des Versicherungsnehmers ist und aus ihm in das Vermögen der Ehefrau überging. Daher haben die Gläubiger des verstorbenen Ehemanns, auch im Konkurse, kein Recht auf die Versicherungssumme.

Sirey, Recueil général des lois et des arrêts 1889 I p. 97.

Bemerkung:

Vergleiche dieses Archiv I S. 362 f. Die Jurisprudenz befestigt sich mit Recht in dieser Richtung.

b) Kassationshof, 23. Januar 1889.

Wenn eine Versicherung zu Gunsten der Frau genommen ist, dieselbe aber die Summe nicht für sich will, sondern erklärt, daß sie sie als Theil des Nachlasses betrachte, so fällt das Recht in den Nachlaß und beziehungsweise, wenn der Nachlaß im Konkurs ist, in den Konkurs.

Journal des faillites (herausgegeben von Defert und Pujol) VIII (1889) p. 217 f.

c) Appellhof Amiens, 31. Januar 1889.

Wenn der Ehemann die Ehefrau in eine Lebensversicherung einkauft, so ist dieser Vertrag in favorem tertii als Schenkung an die Ehefrau zu betrachten, welche dem a. 564 des Code de commerce unterliegt; und zwar als eine Schenkung der ganzen Versicherungssumme, nicht bloß der vom Ehemanne bezahlten Prämie. Es wird angenommen, daß, wenn a. 564 von Schenkungen im Ehevertrage spricht, welche die Frau nicht im Konkurse des Ehemannes geltend machen kann, dies nur exemplifikativ,

---

[1]) C. civil a. 1855: La convention qui donnerait à l'un des associés la totalité des bénéfices, est nulle. — Il en est de même de la stipulation qui affranchirait de toute contribution aux pertes, les sommes ou effets mis dans le fonds de la société par un ou plusieurs des associés.

nicht limitativ zu fassen sei und sich um so mehr auf anderweitige Schenkungen beziehe.

Journal des faillites (herausgegeben von Defert und Pujol) VIII (1889) p. 194 f.

Bemerkung.

Diese Entscheidung erscheint als unrichtig, sowohl was die Auslegung des a. 564 Code de commerce angeht, als auch in der Beziehung, daß sie annimmt, eine indirekte Zuwendung sei eine Schenkung für den ganzen Betrag, welchen der Beschenkte erhält, während sie doch nur bezüglich desjenigen Betrags als Schenkung gelten kann, um welchen der Schenker ärmer wird. Sollte etwa Jemand dem Ehemann ein Versprechen geben, worin er gegen eine Null oder gegen einen Scheinpreis seiner Ehefrau eine Summe zusagt, so wäre es gewiß unrichtig, anzunehmen, daß der Ehemann der Ehefrau die betreffende Summe geschenkt habe, so daß diese Summe, die ihm nie gehört hat, bei Bemessung des Freitheils und Pflichttheils in Anschlag käme.

## 14. Aktienrecht.

a) Tribunal de commerce de la Seine, 18. Januar 1886.

Die Bestimmung, daß bei Gründung der Gesellschaft ein jeder Aktionär ein Viertel seiner Aktie zahlen muß, ist eine Bestimmung im öffentlichen Interesse; qu'il y a dans cette obligation de versement par chaque actionnaire une garantie morale et pécuniaire; qu'il est certain que la loi n'a pas voulu tolérer des combinations qui auraient nonseulement pour résultat, en fait, de mettre les assemblées générales à la disposition d'une seule personne, mais encore d'exonérer chaque actionnaire du versement à faire par lui, et de permettre à des souscripteurs complaisants, sans intérêt dans la société, de prêter leur concours à la formation de sociétés, dans le but de leur donner une apparence destinée à égarer la bonne foi des tiers.

Journal des sociétés civiles et commerciales (Lebru und Worms) VIII (1887) p. 49 f., 53.

Bemerkung.

Vergleiche auch die Entscheidung des Handelsgerichts Antwerpen, 8. Juni 1888, bei Smets, Revue pratique des sociétés 1889 p. 82.

## 15. Frachtvertrag, Haftung.

a) Appellhof Douai, 29. Oktober 1888.

Der Kapitän ist nicht haftbar, wenn er die verdorbene Waare, welche die übrige Ladung durch Infektion in Gefahr bringt, über Bord wirft.

Dies gilt als höhere Gewalt. Die Fracht ist nichtsdestoweniger zu zahlen.

Autran, Revue international du droit maritime IV (1888/89) p. 524, 526.

Bemerkung.

Vergleiche dazu Code de commerce a. 230, 293, Deutsches Handelsgesetzbuch a. 607, 619, 635; vergleiche auch a. 589, 590.

b) Handelsgericht Nantes, 2. Juni 1888.

Die Klausel, daß der Rheder nicht für Verschulden des Kapitäns haftet, hat nur die Bedeutung, daß das Verschulden von Seiten des anderen Theiles bewiesen werden muß.

Autran, Revue international du droit maritime IV (1888/89) p. 555.

Bemerkung.

Hiernach hat die Klausel nur die Bedeutung: der Rheder haftet nicht, sofern nicht ein spezielles Verschulden nachgewiesen wird. Offenbar beruht dieser Satz auf dem Gedanken, daß eine weitere Liberirung des Rheders gegen die Interessen des Seeverkehrs wäre. Vergleiche aber auch Entscheidung des Kassationshofs, 31. Juli 1888 ib. IV p. 129, zitirt Archiv für bürgerliches Recht I S. 368.

c) Kassationshof, 13. August 1888.

Wenn auch eine Tarifklausel, wornach eine Eisenbahn nicht haften soll, diese Eisenbahn nicht der Haftung entbindet, so hat sie doch die Wirkung, daß der Absender oder Destinatär beweispflichtig wird: si la clause de non-garantie, stipulée dans un de ses tarifs par une Comp. de chemins de fer n'a pas pour effet, en cas d'avarie survenue à la marchandise, de l'exonérer de la responsabilité des fautes commises par elle ou par ses agents, cette clause a du moins pour résultat d'en mettre la preuve, contrairement aux règles du droit commun, à la charge de l'expéditeur ou du destinataire — —.

Sirey, Recueil général des lois et des arrêts 1889 I p. 182.

## 16. Faktische Expropriation.

Oberlandesgericht Karlsruhe, 20. Dezember 1879.

Wenn der Fiskus, von irgend einer unrichtigen Auffassung der Sachlage geleitet, ein Privateigenthum ohne Expropriationsverfahren zur öffent-

lichen Straße macht, so hat er dafür entsprechende Entschädigung zu zahlen. Darüber, ob ein solches vorliegt, entscheiden die bürgerlichen Gerichte, welche zugleich zu prüfen haben, ob wirklich der betreffende Boden Privateigenthum war.

Badische Annalen Bd. 55 (1889) S. 119 f.

### Bemerkung.

Vergleiche über die Wirkung der faktischen Expropriation Reichsgericht 17. März 1881 Entscheidungen IV S. 279 und die in meinen Rechtsfällen zum Studium des französischen Civilrechts II S. 78 erwähnte Literatur.



11.

# Der Warrant.

Von Advocat Dr. J. A. Levy in Amsterdam.

In autorisirter Uebersetzung.

---

## Vorrede.

Seitens der Niederländischen Juristen-Vereinigung ist auf die Tagesordnung ihrer bevorstehenden Versammlung folgende Frage gestellt worden:

> „Empfiehlt es sich, das Warrant-System bei uns einzuführen? Wenn ja, auf welcher rechtlichen Grundlage?"

In einem in deren Auftrag von Herrn Dr. N. G. Pierson[1]) erstatteten kurzen und bündigen Gutachten beantwortet der Letztere die Frage so, als laute sie:

> Auf welche Weise kann Demjenigen, welcher Vorschüsse auf Waaren giebt, das Recht gegeben werden, letztere zu verkaufen?

Seine Antwort ist:

> So, daß das Recht des Vorschußgebers nicht vermindert und, wenn thunlich, verstärkt werde.

Bei seinem Standpunkte, welcher den Warrant bei uns im Handelsverkehr für unnöthig erklärt, ist diese Lösung erklärlich. Der Zweck der nachfolgenden Zeilen ist, der Frage der Juristen-Vereinigung eine einigermaßen breitere Grundlage zu geben als die-

---

1) Verhandlungen der Niederländischen Juristen-Vereinigung, Jahrgang XX, 1889 I (Haag 1889) S. 59 ff.

jenige, welche der angesehene Nationalökonom ihr geben zu sollen geglaubt hat.

Amsterdam, April 1889. Levy.

---

## Vorwort des Uebersetzers.

Mit der Veröffentlichung einer deutschen Ausgabe des Levy'schen Warrant-Gutachtens sammt Nachtrag glaubt der Uebersetzer der deutschen Rechtswissenschaft und den deutschen Juristen einen Dienst zu erweisen.

Wenn nicht alle Anzeichen trügen, stehen wir unmittelbar vor einer deutschen Warrant-Gesetzgebung.

Es ist dringend wünschenswerth, daß bis zum Erlaß eines Gesetzes in einer so überaus wichtigen Materie, deren Inhalt und Bedeutung nicht an die Grenzen eines staatlichen Gemeinwesens gebunden ist, die zu benutzenden Materialien von allen Seiten und möglichst vollständig zusammengetragen werden. Das vorliegende Gutachten darf unter diesen Materialien eine hervorragende Stelle beanspruchen.

Die (wenigen) Bemerkungen des Uebersetzers sind durch Buchstaben von den mit Ziffern bezeichneten Anmerkungen des Verfassers unterschieden.

---

## Benutzte Literatur.

### 1. Die systematische.

Georg Cohn und C. S. Grünhut in Endemann's Handbuch des Deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. (Leipzig 1884.) Bd. III. Halbbd. II. Abth. II. § 432: Das Lagerhausgeschäft.

H. Brunner in Endemann's Handbuch. (Leipzig 1881.) Bd. II. Halbbd. I.: Die Werthpapiere.

### 2. Die wirthschaftliche.

W. Roscher, System der Volkswirthschaft. (Stuttgart 1871.) Bd. I.

J. B. Say, Traité d'Economie politique. (Paris 1861.)

James E. Thorold Rogers, The economic Interpretation of History. (London 1888.)

3. Besitzrecht.

F. C. von Savigny, Das Recht des Besitzes. (Wien 1865, Ed. Rudorff.)

F. B. Coninck Liefsting, Die Grundprinzipien des Besitzrechts und die Niederländischen Besitzklagen. (Leiden 1869.)

R. v. Jhering, Der Besitzwille, zugleich eine Kritik der herrschenden juristischen Methode. (Jena 1889.)

Pothier, Traité de la Possession. (Oeuvres X.) (Paris 1821.)

V. Marcadé, Explication du Code Napoléon. (Paris 1861.) T. XII.

4. Pfandrecht.

J. P. Bremer, Das Pfandrecht und die Pfandobjekte. Eine dogmatische Untersuchung auf Grundlage des gemeinen Rechts. (Leipzig 1867.)

A. Exner, Kritik des Pfandrechtbegriffes nach römischem Recht. (Leipzig 1873.)

D. E. Lioni, Die Verpfändung von Forderungen nach römischem und niederländischem Recht. Dissertation. (Amsterdam 1885.)

5. Die Uebergabe (Ueberlieferung) im Handelsrecht.

J. M. Barels, Ansichten über den Handel und die Seefahrt. (Amsterdam 1780.) Theil I. u. II.

E. J. A. den Tex, Ueber Eigenthumsübertragungen durch Lagerscheine (outrangcedullen) nach Handelsrecht, in den niederländischen Jahrbüchern für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung. (Amsterdam 1849.) Theil IX.

J. G. Kist, Prinzipien des Handelsrechts nach niederländischem Gesetz. (Amsterdam 1869.) Theil II.

L. Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts. (Erlangen 1868.) Bd. I. Abth. II.

M. Muir Mackenzie, Handbook of the Law relating to Bills of Lading. (London 1881.)

A. Polak, Das Konnossement. Dissertation. (Amsterdam 1865.)

A. Heemskerk, Die dem Handel eigenthümliche Art der Lieferung (Uebergabe). Dissertation. (Haag 1871.)

J. d'Aulnis de Bourouill und A. Heemskerk in Themis, Rechtswissenschaftl. Zeitschr. (Haag 1878.) Theil 39, Jahrgang 1878.

H. R. Goudsmit, Das „Volgbriefje". (delivery-note.) Dissertation. (Leiden 1888.)

6. Warrantrecht.

R. Koch, Ueber Bedürfniß und Inhalt eines deutschen Warrantgesetzes, im Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen Deutschen Handels- und Wechselrechts von Busch. (Berlin 1887.) Bd. 48, Heft 1.

N. G. Pierson, Gutachten in den Verhandlungen der niederländischen Juristen-Vereinigung. (Haag 1889.) Theil I.

G. Leonhardt, Der Warrant als Bankpapier. (Wien 1886.)

E. Sax, Ueber Lagerhäuser und Lagerscheine mit Rücksicht auf deren Einführung in Oesterreich. (Wien 1869.)

F. Hecht, Die Warrants, Beilageheft zu Goldschmidt's Zeitschrift f. d. ges. Handelsrecht. (Stuttgart 1884.) Bd. XXIX.

F. X. Neumann-Spallart, Die Warrants in Grünhut's Zeitschrift f. d. Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart. (Wien 1884.) Bd. XI. Heft 3.

John Ella, Warrants for goods. (London 1856.)

A. Simonson, Beiträge zur Lehre vom Warrant unter Berücksichtigung der deutschen und englischen Verhältnisse in Schmoller's Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirthschaft. (Leipzig 1885.) Jahrg. IX. Heft 1.

A. Simonson, Das französische Warrantrecht in Goldschmidt's Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht. (Stuttgart 1887.) Bd. XXXIII. Heft 2 und 3.

Gareis, Sub voce Warrants, Holtzendorff's Rechtslexikon. (Leipzig 1881.)

Alex. Sauzeau, Manuel des Docks. (Paris 1877.)

A. Heine, Die Dockwarrants oder Waarenlagerscheine in Tübinger Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft. (Tübingen 1867.) Bd. XXIII. Jahrg. 1867 (S. 571—649).

E. Ebermann, Lagerhäuser und Warrants in wirthschaftlicher und rechtlicher Beziehung. (Wien 1876.)

A. Bayerdörffer, Das Lagerhaus- und Warrantsystem. (Jena 1876.)

Jahresbericht der Handelskammer in Mannheim für 1877—1879. (Mannheim 1880.)

Bericht der Handels- und Gewerbekammer zu Zittau 1871—1878. Gutachtlicher Theil. (Zittau 1876.)

W. Wertheimer, Das Lagerhaus und die Vortheile der Lagerhausbenutzung. (Wien 1886.)

E. Thilo, Die öffentlichen Lagerhäuser mit Warrantausgabe und die Elevatoren in ihrer Bedeutung für Rußland und namentlich Riga. (Leipzig 1884.)

E. Richter, Oeffentliche Lagerhäuser und Warrant-Agiotage in ihrem Einfluß auf Produktion und Handel. (Minden i. W. 1888.)

---

I.

## Der englische Warrant.

England ist die Wiege des Warrant. Eine organische Schöpfung des Handels, erwachsen aus dessen Bedürfniß und diesem angepaßt, erweist er in den Centren des Verkehrs dem dortigen Lande unschätzbare Dienste. Folgendes Zeugniß giebt ihm Ella: „Unter den ausgedehnten und vielseitigen Aenderungen, neuen Ansichten und Verbesserungen, welche der Handel dieses Landes während des letzten halben Jahrhunderts erfahren hat, war vielleicht nichts von größerer Bedeutung, als die Zunahme des Warrantsystems in London. Die Stärke und Kraft der Warrants bemesse man nach der Thatsache, daß durch deren Vermittelung jährlich bona fide Verträge über Waaren zu einem Betrage von vielen Millionen Pfund geschlossen werden. So groß ist ihr Nutzen, so eng hängen sie mit dem Import zusammen, und so sehr werden sie von der Handelswelt gewürdigt, daß ohne ihre Vermittelung der Handel auf dem jetzigen Fuße nicht betrieben werden kann; bildlich gesprochen, bilden sie eins der Räder des Handels."[1])

Von England aus erobert der Warrant die Welt oder beschäftigt die allgemeine Aufmerksamkeit, wie eben in Deutschland. Der gegenwärtige Vize-Präsident des Reichsbank-Direktoriums, Dr. R. Koch, giebt einer Arbeit über diesen Gegenstand den Titel: „Ueber Bedürfniß und Inhalt eines deutschen Warrant-Gesetzes".

Nirgends vielleicht tritt der kosmopolitische Charakter des Handelsrechts mehr in den Vordergrund, als bei diesem scheinbar so einfachen Papier.

Während man den Blick nach jener Seite des Kanals richtete, um das Geheimniß des englischen Handelsverkehrs, dem man so schwer nachkommen kann, zu ergründen, hatte man schon angefangen, den Kern der Sache mit dem Namen Warrant anzudeuten, Die Verwandtschaft zwischen dem englischen: to warrant und dem französischen: garantir ist unverkennbar. Daher der Name Warrant als Dokument, wodurch man sich gegen Schaden schützt. Mit der

---

[1]) S. 1.

Behandlung des Warrant hat man aber mehr Mühe, als mit seinem Namen. Die Geschichte des Handelsrechts der verschiedenen Länder in dieser Materie ist nichts Anderes, als ein Versuch der Kodifikation des englischen Handelsbrauchs.

Der Warrant, Symbol des darin bezeichneten Gutes, setzt natürlich die Existenz der Waare am Platze voraus; er verweist also auf die Existenz von Waarenhäusern, Sammelplätzen für eine große Menge verschiedener Waaren.

Der Name dieser Vorrathskammern ist Dock (Entrepôt).

Anfänglich war das Entrepôt eine Aufbewahrungsstelle, nichts mehr. Die Handelsflotte, welche bei der in Kriegszeiten durch Kreuzer betriebenen Schifffahrt von Kriegsschiffen begleitet war, führte im 17. Jahrhundert Waaren in Masse ein, welche, an's Land gebracht, dem Einflusse von Wind, Wetter und Raubgier preisgegeben waren. Die Zahlung der Zölle mußte sofort erfolgen, und die Waare so schnell als möglich unter Dach gebracht werden. Hierzu fehlte oft die Möglichkeit, während auf der anderen Seite der Fiskus seine Ansprüche geltend machte. Ob der Markt überfüllt war oder nicht, der Kaufmann sah sich zum Verkauf genöthigt, um jenen beiden Unannehmlichkeiten, in erster Linie dem Mangel an Räumlichkeiten, zu entgehen. Um das Jahr 1660 kam ihm das erste Dock in London, um das Jahr 1709 das erste in Liverpool zur Hülfe. Nun war wenigstens die Waare geborgen, aber der Fiskus streckte seine Hand immer noch danach aus, und, wie man weiß, ist dieser nicht so bald befriedigt. Der erste weitsichtige Finanzier, der diesem Uebel abzuhelfen versuchte, war Sir Robert Walpole durch sein excise scheme vom Jahre 1733. Dieser Entwurf beabsichtigte, den Importeur in den Stand zu setzen, die ihm passende Zeit zum Verkauf der Waare zu wählen. Es sollte ihm nämlich zur Zahlung der Zölle Frist gewährt werden, bis die Waare in den Verkehr gebracht wurde, wenn nur inzwischen der Fiskus die Aufsicht darüber haben könne. Gleichzeitig sollte der Transito-Handel unter gleichen Bedingungen in die Lage versetzt werden, zollfrei ausführen zu können. Dieser doppelte Zweck sollte durch Errichtung von „freien Entrepôts" erreicht werden. Warum der Versuch mißglückte, erklärt Rogers auf folgende geistreiche Weise: „Walpole, der große Finanzminister Georgs II. während bei-

nahe eines Viertel=Jahrhunderts, begriff, daß, wenn er ein System einführen könnte, wonach ausländische accispflichtige Waaren und ebenso einheimische unter Schloß und Riegel gebracht werden könnten, während die Zölle erst dann zn zahlen seien, wenn die Güter in den Verkehr gebracht würden, er einerseits dem Kreise der Konsumenten in Großbritannien eine Wohlthat erweisen, und andererseits in bedeutendem Maße dazu helfen werde, das Land zum Freihafen für alle Produkte zu machen, da er beabsichtigte, ausländisches Gut frei von Zöllen ausführen zu lassen. Aber Walpole hatte, wie andere Staatsmänner von weit umfassenden Plänen, eine große Anzahl von Feinden, denen sein Uebergewicht nicht behagte, und als er seine neue Excise and Customs Bill vorlegte, benutzten diese die Gelegenheit. Sie brauchten einen Vorwand, um ihn zu stürzen, und wenn er die zehn Gebote eingeführt hätte, würden sie den Versuch gemacht haben, eine Intrigue gegen ihn einzufädeln.

Die großen Londoner Kaufleute blieben unter dem Eindrucke, daß, wenn das System der freien Entrepôts durchginge, Personen von geringen Mitteln ihnen dadurch Konkurrenz machen könnten, daß sie der Nothwendigkeit enthoben würden, die Zölle im Momente der Einfuhr entrichten zu müssen, mithin mit geringeren Mitteln Geschäfte machen könnten. Walpole, der mehr Anhänglichkeit an sein Amt, als an seine gute finanzielle Einsicht hatte (da nun einmal beide nicht zusammen erhalten werden konnten), ging dem Lärm aus dem Wege."[2])

Man sieht, es ist die alte Geschichte vom Löwen, der auf die Jagd ging mit schwächeren Thieren. Den ersten Theil behält er für sich, sagt La Fontaine:

la raison,
C'est que je m'appelle lion,

den letzten aber auch:

Si quelqu'une de vous touche à la quatrième,
Je l'étranglerai tout d'abord.

Eine Logik, gegen die wenig einzuwenden ist.

Erst im Jahre 1799, als der Transitohandel mächtig genug war, um seine Forderung durchzusetzen, als er also seinerseits Löwe

[2]) S. 399.

geworden war, wurde durch Parlamentsakte eine Gesellschaft behufs Errichtung der West-India Docks begründet. Alsdann nahm Pitt die Idee von Walpole auf, und es entstanden nach und nach jene Docks, die unter verschiedenen Namen in London und anderwärts riesenhafte Dimensionen erlangten.[3])

Vermuthlich sind Warrants durch die englische Ostindische Kompagnie eingeführt worden, deren königl. Charter von 1600 datirt. Sicher waren sie bei dieser Kompagnie in Gebrauch bis zu deren Aufhebung (1834), und wurden sie seitens der Docks von hier aus entlehnt.

Drei Arten von Warrants sind allmählich nach Maßgabe des Bedürfnisses und auf Veranlassung der Eigenthümer oder Konnossement-Inhaber in den Verkehr gekommen:

1. Der gewöhnliche Warrant. Er giebt das Recht auf die Waare gegen Vorzeigung, einerlei, ob er auf den Namen oder an Ordre gestellt, oder — was meist geschieht — in blanco indossirt ist. Er hat für Güter, die nach Gewicht verkauft werden, folgende Form:

| | | |
|---|---|---|
| No.<br>Book f⁰. | .................... Dock<br>Warrant | Warepouse No.<br>date |

Warrant for ...................., Imported in the ...................., Captain ...................., form .................... Entered by ...................., Deliverable to ...................., or to his order by endossement hereon, on payment of all charges from .................... Rent Rent commences on the ....................

| Mark | No. | Landing Gross Weight. | | | Tare. | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | | Cwt. | qrs. | lbs. | Cwt. | qrs. | lbs. | |
| | | | | | | | | |

.................... Clerk. .................... Chief-Clerk.

[3]) Eine lebendige Schilderung dieses Handelsverkehrs bei P. N. Müller in De Gids 1864 I, 40: Der Hafen von London.

2. **Der Warrant mit Weight-Note.** Diese zwei Dokumente werden ausgestellt wegen Waaren, die in Versteigerungen oder unter der Hand auf Kredit von 1 bis 6 Monaten gegen eine Abschlagszahlung gekauft worden sind.

Der Kredittermin heißt **prompt** und der Betrag der Anzahlung (**deposit**) ist obligatorisch. Er stützt sich auf die statute of Frauds (1676), worin bestimmt wurde, daß der Käufer seinen ernstlichen Willen (**earnest**) dadurch beweisen muß, daß er einen, wenn auch noch so geringen, Theil des Kaufpreises bezahlt. Das englische deposit nimmt also die Stelle unseres Gottespfennigs ein (Art. 1500 des bürgerlichen Gesetzbuchs).

Der Käufer erhält lediglich die Weight-Note, welche ihn verpflichtet, den Restkaufpreis (**balance**) mit Ablauf der ihm gewährten Kreditfrist zu zahlen. Alsdann erhält er den (gleichlautenden) Warrant, worin auf die Weight-Note, ebenso wie in der letzteren auf den Warrant, verwiesen ist.

Der Schlüssel des ganzen Mechanismus liegt in der folgenden Regel: **Bevor die Kreditfrist verstrichen ist, kann die Ablieferung der Waare nur verlangt werden gegen Vorlegung des Warrant und der Weight-Note. Nach Ablauf dieses Termins hat die Weight-Note ihre Bedeutung verloren, und erfolgt die Ablieferung der Waare an den Inhaber des Warrant allein.**

Die Benennung: Weight-Note hat übrigens nichts Sakramentales. Sie betrifft nur Güter, die nach Gewicht verkauft werden. Für Waaren, die ein Inhalts- oder Längenmaß haben, wird eine **Gauge-Note**, für Güter, die sortirt oder getheilt werden, wird eine **Lot-Note** ausgestellt. Das Formular der mit dem **Warrant** gleichlautenden Weight-Note ist folgendes:

I engage to deliver to (the buyer) .................... or order, the Warrant issued by the .................... Dock Company for the within-mentioned goods, .................... paying for the same, on or before the *prompt*. Should delivery be required before the expiration of the prompt, this Weight-Note must be produced at .................... Warehouse, together with the Warrant regularly endorsed, without which no delivery can take place; but after that date, the Warrant alone will be sufficient to obtain possession

of the property, and this Weight-Note will be of no validity whatever.

The holder hereof is authorised to inspect and sample the goods until the expiration of the prompt, on paying the usual charges.

Signed by the Selling Brokers.

3. Prime-Warrants. Diese Urkunden läßt der Importeur sich geben, wenn er schnell einen Vorschuß braucht und nicht warten kann, bis die Waare für den regelmäßigen Verkauf fertig ist. Sie kamen auf, als Fälle von Betrug mit Konossementen vorgekommen waren, auf welche bereits Vorschuß gegeben war, während die Waaren nicht verschifft waren. Der Kommissionär verlangte daher ein Dokument, auf welches er sein volles Vertrauen setzen konnte.

---

## II.

## Die rechtliche Natur vom Warrant und Weight-Note.

Ella[4]) definirt den Warrant wie folgt: „a negotiable instrument for the delivery of goods, of which the Warrant is the genuine representative and the indicia of the property.“ Dies ist in der That die Auffassung des Handels. Wenn man glauben wollte, sie sei irgend einem Gesetz entlehnt, würde man sich irren. Ein besonderes Gesetz über Warrants existirt in England nicht. Und ebenso würde man irren, wenn man annehmen wollte, daß die Rechtsprechung von Anfang an der Auffassung gehuldigt hätte, welcher in den obigen Worten Ausdruck gegeben ist. Im Gegentheil ist sie nach englischer Manier Schritt für Schritt unter engem Anschluß an jeweils vorgekommene Fälle, durch welche Lücken nachgewiesen wurden, weiter gehend, der obigen Regel noch kaum näher gekommen. Rechtsprechung und Handel huldigten einer oft sehr differirenden, oft entgegengesetzten Ansicht. Dies in das rechte Licht gestellt zu haben, ist das Verdienst von Simonson, der im Lande selbst unser Institut studirt hat. Ich möchte seine Ansicht zusammenfassen:

---

[4]) S. 2.

Bei dem Warrant ist die prinzipielle Frage die nach der Art der Uebertragung. Hauptgrundsatz des englischen common law ist: „that a man, who has no authority to sell, cannot by making a sale, transfer the property to another. There is one exception to that rule, viz. the cases of sales in market overt.“

Dies will also sagen, daß Niemand einen besseren Titel auf einen Andern übertragen kann, als er selbst hat, außer in den Fällen des Verkaufs am offenen Markte.

Das englische Recht unterscheidet scharf zwischen negotiable und assignable instruments.

Negotiable sind nach common law (außer Geld) die geldwerthen Papiere: die Banknote, der Wechsel, der Check. Für diese gilt die Regel: nemo plus juris u. s. w. nicht. Der Empfänger hat also ein selbständiges, von dem ursprünglichen Rechtsverhältniß unabhängiges Forderungsrecht aus dem Papier. Für assignable instruments wird, auf Grund der eben bezeichneten allgemeinen Regel für bewegliches Gut, eine Ausnahme nicht gemacht. Dem wirklichen Eigenthümer wird die Vindikation gegeben, die Uebertragung erfolgt im Wege der Cession, und die rechtmäßige Uebertragung ist abhängig von dem Titel des Rechtsvorgängers. Auf dessen Namen lautet die Klage des Empfängers, wie die des römischen procurator in rem suam.

Als zweites Prinzip kommt in Betracht, daß das englische Recht die römisch-rechtliche Regel in l. 20 de Pactis (II. 3): Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur, nicht angenommen hat. Der bloße Vertrag bewirkt bei nicht vertretbaren Sachen den Eigenthumsübergang, und damit das Recht auf den Besitz, welches aber bei Insolvenz oder Mangels Zahlung des Käufers wegfällt.

Die thatsächliche Detention des Käufers oder Desjenigen, der in seinem Namen detinirt, bewirkt die Beendigung des thatsächlichen Rechts des Verkäufers. Ist aber die Waare lediglich auf dem Wege zu dem Käufer, so hat der unbezahlte Verkäufer das Recht, sie anzuhalten und hierdurch die Inbesitznahme seitens des Käufers zu verhindern (stoppage in transitu). Solange der Verkäufer die Waare in seiner Macht hat, kommt ihm ein Retentionsrecht (lien) zu. Bei einem Verkauf auf Kredit hat er dieses nicht, sondern muß

dem Käufer die Inbesitznahme während der Frist zugestehen. Wird aber der Käufer vor Ablauf der Frist insolvent, so lebt das Retentionsrecht oder die stoppage in transitu wieder auf. Sind die Waaren zur Zeit des Verkaufs bei einem Dritten, so tritt der Uebergang auf den Käufer, und also der Verlust des Retentionsrechts des Verkäufers, dann ein, wenn der dritte Besitzer, der Verkäufer und der Käufer dahin einig werden, daß Ersterer aufhört, für den Verkäufer zu besitzen.

Der letztere Punkt führt uns direkt auf eine dritte Rechtsfrage hinsichtlich des Warrants. Nämlich auf die Frage nach dem Anfang des Vindikationsrechts des Verkäufers. Nach Simonson[5]) hatte die noch gültige Bill of lading Act 18 and 19 Vict. C. 111 (14. August 1855) bestimmt, daß die Uebergabe des indossirten Konnossements eine „complete legal delivery of the goods" bewirkt, welche letztere das Retentionsrecht des Verkäufers beseitigt. Die englische Rechtsprechung aber legte dem Warrant diese Wirkung nicht bei; sie sieht vielmehr, in flagrantem Widerspruche mit der Auffassung des Verkehrs, in dem Warrant eine Urkunde, welche lediglich Forderungsrechte gewährt.

Hinsichtlich der Wirkung der englischen Bill of lading (Konnossements) muß ich einen Vorbehalt machen, auf den ich alsbald zurückkommen werde. Ihre Abweichung vom Warrant, welche lange Zeit dem Handel zu Klagen Anlaß gab, steht fest.

Die Annäherung kam von anderer Seite, und zwar dadurch, daß man die Rechtsregeln über die Handlungsbevollmächtigten (factors) einer Revision unterzog. Leitender Grundsatz ist hier, daß der Agent für seinen Prinzipal verkaufen und den Kaufpreis einziehen kann.

Die Frage war nur, wann Jemand als ein derartiger Bevollmächtigter angesehen werden könne.

Mehrmals gab die Gesetzgebung, die sich von 1823—1878 nicht weniger als vier Mal mit diesem Punkt beschäftigte, auf diese Frage Antwort. Erst wurde als Faktor diejenige Person bezeichnet, welcher die Waare anvertraut ist. Dann wurde dem

---

[5]) (Schmoller) S. 200.

Faktor, welcher das Verkaufsrecht hatte, auch das Recht zugestanden, die Waare zu verpfänden. Urkunden, in deren Besitz der Faktor mit Wissen und Willen des Eigenthümers gekommen war, stellte das Gesetz der Waare gleich.

Durch diese Rechtsanschauung entstand also eine große Anomalie. Eine Urkunde, welche direkt vom Eigenthümer kam, vergegenwärtigte die Waare nicht, während eine Urkunde, die durch die Hand eines Faktors gegangen war, dies allerdings that. Bis 1877 stand es also rechtlich fest, daß der Warrant an und für sich nicht im Stande war, das Retentionsrecht des Eigenthümers aufzuheben, die thatsächliche Lieferung zu ersetzen, die Waare zu repräsentiren, und ein von dem Titel des Autors unabhängiges Recht zu verleihen. Daß dieses Mißverständniß keinen Anlaß zu praktischen Schwierigkeiten gab, war lediglich eine Folge der thatsächlichen Handelsübung in England, welche die Vermittelung von Zwischenpersonen (factors, brokers u. s. w.) bei derartigen Geschäften mit sich bringt.

Im Jahre 1877 bewirkte ein Aufsehen erregender Fall eine gesetzliche Aenderung dieses Zustands. Dieser Fall ist in Goldschmidt's Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht[6]) abgedruckt.

Ein Tabakshändler Hoffmann hatte Tabak verkauft, welcher in den St. Katharinen-Docks lagerte. Der Käufer Johnson ließ die Warrants im Besitz des Hoffmann, um diesen in den Stand zu setzen, auf seine (des Käufers) Anweisung, den Tabak verschiffen zu können. Hierdurch kam Hoffmann in die Lage, die Warrants bei dem Crédit Lyonnais zu verpfänden. Als er nach dieser betrügerischen Handlung fallirte, machte der Käufer sein Eigenthumsrecht und der Pfandgläubiger, unter Vorlegung des Warrants, sein Pfandrecht geltend. In zwei Instanzen aber wurde der Crédit Lyonnais, zu nicht geringem Entsetzen der Handelswelt, mit seinem Anspruche abgewiesen. Man konnte dem Hoffmann die Eigenschaft eines Faktors des Käufers nicht zuerkennen. Er mußte als durch den Käufer zur Absendung des Guts beauftragt angesehen werden, mithin als nicht berechtigt, ein Pfandrecht zu übertragen, welches er selbst nicht besaß.

---

[6]) Beilageheft zu Goldschmidt's Zeitschrift XXIII N. F. VIII S. 160.

Der Eindruck, welchen diese Entscheidnng machte, war so gewaltig, daß der Gesetzgeber intervenirte, und die jüngste noch jetzt geltende factor's act vom 10. August 1877 erließ. Ihr wesentlicher Inhalt wird in Goldschmidt's Zeitschrift mitgetheilt.[7])

Das Gesetz bestimmt in Sektion 2, daß der bona fide Käufer oder Beleiher eines Papiers oder einer Urkunde, welche das Gut repräsentirt, auch dann geschützt werde, wenn die Vollmacht des Agenten, in dessen Besitz sich die Urkunde oder das Gut befindet, zurückgezogen wird.

Sektion 3 füllt direkt die durch die Sache Hoffmann nachgewiesene Lücke des Gesetzes aus, indem sie vorschreibt, daß Rechtsgeschäfte, die ein Verkäufer abschließt, welcher seitens des Käufers im Besitze der Waare oder der (dieselbe vertretenden) Urkunden gelassen war, rechtsgültig sein sollen, wenn nur der Dritte von dem ursprünglichen Verkauf nichts wußte.

Sektion 4 regelt den umgekehrten Fall, indem sie nämlich, falls der Käufer, welcher im Besitze der Waare oder der (dieselbe vertretenden) Urkunden geblieben ist, die Waare oder die Urkunde verkauft, den Dritten in seinem Rechte schützt, vorausgesetzt nur, daß ihm ein Retentionsrecht (lien) des Verkäufers unbekannt geblieben ist.

Sektion 5 ist der allgemeinste Satz und stellt den Warrant auf gleiche Linie mit dem Konossement.[a])

Die oben vorbehaltene Frage: Welches Recht gilt für das Konossement? tritt auch also hier wieder auf.

Auf Grund dieser Entwickelung der Rechtsprechung und Gesetzgebung hält Simonson folgende Ansicht für berechtigt: (Der) „Warrant (ist) eine Urkunde, welche sowohl ein von der Lagerhausverwaltung ausgesprochenes Bekenntniß, die Waare vom Einlieferer empfangen zu haben, als auch die Verpflichtung enthält, dieselbe an jeden durch das Papier selbst legitimirten Inhaber desselben herauszugeben.“[8])

---

[7]) A. a. O. S. 163 ff.

[a]) In Goldschmidt's Zeitschrift a. a. O. S. 163 und 164 ist der englische Text der sectt. 2, 3, 4 und 5 in Anmerkungen angegeben.

[8]) A. a. O. (Schmoller) Seite 215.

Ich könnte diesen absoluten Satz nicht als völlig richtig anerkennen. Immerhin leitet er hin auf die Verbindung zwischen Warrant und Weight-Note und deren Zirkulation. Simonson selbst folgt einigermaßen diesem Gedankengang.

Die Bestimmung des Warrant ist, entweder im Allgemeinen zur Deckung eines Kontokorrents, welchen ein Kaufmann bei seinem Banquier hat, oder speziell als Unterpfand für einen ad hoc geschlossenen Vorschuß zu dienen. In diesen beiden Fällen verleiht der Warrant Pfandrecht.

Auch eine Uebertragung des Eigenthums kann durch den Warrant erfolgen, und vollzieht sich in der Form auf ganz gleiche Weise (durch Blanco-Indossement). Mißbrauch des Warrant durch den Pfandgläubiger, welcher natürlich nur einen Theil des Werthes der Waare (meist $^2/_3$ oder $^3/_4$) beleiht, ist möglich, aber bei der großen Solidität des englischen Geldverkehrs unwahrscheinlich.

Wird der Warrant verpfändet, so ist er begleitet von einem Verpfändungsakt (letter of charge, of hypothecation), deren Formular bei Ella lautet:

„I have this day deposited with you the undermentioned Warrants for an advance of pounds sterling: such Warrants being at this time my own property (or *that I am duly authorised by the proprietor of such Warrants)* and will be your property to the extent of the gross amount of the advance.

„In the event of the advance not being repaid in months, you will be entitled to sell the Warrants to repay the advance, together with all rates, charges, interest of money &c. I am.

London.

Der Pfandgläubiger hat nach englischem Recht die Befugniß, das Pfand für Rechnung des Schuldners, ohne gerichtliche Intervention zu verkaufen.

Folgen wir nun der Weight-Note auf ihrem Gange.

Die juristische Bedeutung der Weight-Note ist der des Warrant nicht gleich. Wozu die Weight-Note den Käufer verpflichtet, sahen wir oben.[9]) Bezahlt der Käufer den Restkaufpreis (balance)

[9]) Oben S. 257.

nicht, so gilt seine Nichtzahlung als Resolutivbedingung. Nach Handelsbrauch ist der Verkäufer berechtigt, die Waare für Rechnung des Käufers zu verkaufen, woraus hervorgeht, daß er alsdann, ebenso wie wenn er Pfandgläubiger wäre, Jenem den etwaigen Mehrerlös aushändigen muß, während er den etwaigen Mindererlös von ihm zu fordern hat.

Zweifelhaft ist es, ob der Verkäufer zu diesem Vorgehen auch verpflichtet ist, oder ob er auch befugt ist, die Waare, welche in Folge des Eintritts der Resolutivbedingung in sein Eigenthum übergegangen ist, einfach aus eigenem Recht an einen Dritten zu verkaufen.

Die befremdende Folge dieser Maßregel würde sein, daß der Verkäufer das surplus behielte, während der säumige Käufer das Defizit zu zahlen hätte. „He runs all the risks of resale without any chance of profit“, sagt eine englische Entscheidung. Oft aber wird die resale Klausel in die Verkaufsbedingungen aufgenommen.

Nach englischem Recht gilt ferner die Regel: „res perit emtori“. Nach Handelsgebrauch aber trägt der Verkäufer den Schaden bei einem Verkauf auf Kredit, wenn die Sache zu Grunde geht.

Alles dies sind einfache Regeln, wenn sich ein Käufer oder Eigenthümer und ein Pfandgläubiger einander gegenüberstehen. Aber der Warrant ist indossabel (wenn auch erste Häuser diese Urkunde selten diskontiren), und da der bloße Kaufvertrag den Eigenthumsübergang bewirkt, kann auch die Weight-Note von Hand zu Hand gehen.

Die Hauptregel ist nun in dieser Beziehung, daß die englische Doctrin „choses in action“ (Forderungsrechte), ausgenommen bei negotiable instruments, als nicht übertragbar erachtet (s. oben S. 259). Daraus folgt, daß, wie immer auch die Urkunde (Warrant oder Weight-Note) zirkulirt haben möge, nicht die Rechte und Pflichten aus dem ersten Vertrag übertragen werden, sondern jedesmal selbstständige Verpflichtungen zwischen Geber und Nehmer eingegangen werden.

Bei etwaigem Defizit in dem Erlöse des verkauften Guts besteht also kein Regreß, weder zu Gunsten des ursprünglichen Verkäufers gegen den letzten Inhaber der Weight-Note

(welcher dann sein eigner Käufer ist), noch zu Gunsten des letzten Beleihers des Warrant gegen irgend Jemanden, der nicht direkt mit ihm kontrahirt hat.

Uebersehen wir also den Rechtszustand in dieser Materie in England, so müssen wir erkennen, daß die Handhabung in der Praxis der rechtlichen Entwickelung weit voraus ist. Lange Zeit hat die letztere sich geweigert, den Dritten, welcher bona fide mit einem Vermittler gehandelt hat, zu schützen und den deutschen Rechtssatz: Habe hat kein Geleit, hat sie nicht übernommen. Es ist interessant, daß schon im Jahre 1822 durch einen angesehenen Richter die Aufmerksamkeit auf beide Punkte hingelenkt worden ist. In einem Prozesse über verpfändete Warrants sagte der Chief Justice Best[10]:

„Had I authority to alter the law, as the mode of carrying on commerce has altered, I would say, that when the Owner of property conceals himself, whoever can prove a good title under the person whom the concealed owner permits to hold it, should retain that property against the owner. But this is not yet the law of England: possession is not proof of property.

Our ancestors kept their goods in their own possession. If Agents were employed by them to deal with their property, they did not keep themselves out of view, and the extent of the power of the Agent, was so well known, that no one dealing with these Agents could be imposed upon. But as little credit was given, and as men could not trade beyond their capital, they were seldom reduced to the necessity of pledging their stock in trade.

The sale of merchandise were made in market overt, and if the Buyers conducted themselves honestly, the law protected them from suffering by purchasing in market overt property that did not belong to the person of whom they bought.

This exception in our law proves that if a person acquires the possession of property in any mode other than that in market overt, he cannot keep it against the Owner; it proves at the same time, that as commerce is now carried on, the

---

10) Ella S. 38.

purchaser or Pawnee should have the same protection against him who permits another to deal with his property as if it were his own. But a small portion of the merchandise that is now brought to sale, is sold in market overt. The law relative to sale in market overt affords, therefore, but little protection to those who are engaged in commerce.

The Owners of goods for many reasons keep themselves concealed, and put forward Brokers to act for unknown principals. If such Brokers abuse their trust, those who have trusted them should suffer; but it is for the Legislature, and not for the Court of Justice, to adapt the law to this new state of things."

Der zweite hier bezeichnete Punkt: Das Rechtsverhältniß des gutgläubigen Dritten gegenüber dem Prinzipal des Vermittlers ist erledigt. Durch die factors act von 1877 ist zugestanden, daß der Vermittler zu seinen Rechtshandlungen bezüglich der Waare als ermächtigt gelten soll (ob dies eine praesumtio juris oder auch de jure sein soll, bleibt eine offene Frage).

Der erste von jenem Richter besprochene Punkt ist aber noch heute nicht geändert. Auch jetzt gilt noch die Regel: „possession is not proof of property".

Mittermaier[11]) bemerkt denn auch mit Recht, daß das Grundprinzip des englischen Rechtes: Die Befugniß des Eigenthümers, auch bei Mobilien sein Recht gegen jeden dritten Besitzer zu verfolgen, noch nicht aufgegeben ist.

Hierdurch wird nun der Inhaber der Weight-Note, selbst wenn er im Besitz des Warrant ist, geschädigt. Und die oben (S. 260) vorbehaltene Frage, ob Simonson Recht hat, wenn er in der Uebergabe des Konossements Uebergabe des Guts, also Verlust des Vindikationsrechts, sieht, muß somit hier beantwortet werden. Denn in der That ist der Warrant dem Konnossement gleichgestellt.

Die einfachste Art der Lösung dieser Frage ist die Einsicht in die bei Mackenzie[12]) abgedruckte Bill of lading act.

---

[11]) Goldschmidt's Zeitschrift a. a. O. S. 159.

[12]) S. 81.

Dieses Gesetz lautet:

„Whereas by the custom of merchants a bill of lading of goods being transferable by endorsement the property in the goods may thereby pass to the endorsee, but nevertheless all rights in respect of the contract contained in the bill of lading continue in the original shipper or owner and it is expedient that such rights should pass with the property: And whereas it frequently happens that the goods in respect of which bills of lading purport to be signed have not been laden on board, and it is proper that such bills of lading in the hands of a *bona fide* holder for value should not be questioned by the master or other person signing the same on the ground of the goods not having been laden as aforesaid: Be it therefore enacted by the Queen's most excellent Majesty, by and with the advice and consent of the Lords spiritual and temporal, and Commons, in this present Parliament assembled, and by the Autority of the same, as follows:

I. Every consignee of goods named in a bill of lading, and every endorsee of a bill of lading to whom the property in the goods therein mentioned shall pass, upon or by reason of such consignment or endorsement, shall have transferred to and vested in him all rights of suit, and be subject to the same liabilities in respect of such goods as if the contract contained in the bill of lading had been made with himself.

II. Nothing herein contained shall prejudice or affect any right of stoppage in transitu, or any right to claim freight against the original shipper or owner, or any liability of the consignee or endorsee, by reason or in consequence of his being such consignee or endorsee, or of his receipt of the goods by reason or in consequence of such consignment or endorsement.

III. Every bill of lading in the hands of a consignee or endorsee for valuable consideration representing goods to have been shipped on board a vessel shall be conclusive evidence of such shipment as against the master or other person signing the same, notwithstanding that such goods or some part thereof may not have been so shipped, unless such holder of the bill

of lading shall have had actual notice at the time of receiving the same that the goods hat not been in fact laden on board: Provided, that the master or other person so signing may exonerate himself in respeet of such misrepresentation by showing that it was caused without any default on his part, and wholly by the fraud of the shipper, or of the holder, or some person under whom the holder claims."

Auf Grund dieses Textes nahm, nach der Mittheilung von Mackenzie,[13]) die Rechtsprechung an:

1. daß das Vindikationsrecht des Verkäufers fortfällt, wenn die schwimmende Ladung einem gutgläubigen Dritten verkauft ist;

2. daß das Vindikationsrecht des Verkäufers auch auf den noch unbezahlten Kaufpreis ausgedehnt werden kann;

3. daß das in blanco indossirte dem Konsignirten gestohlene Konossement den Verkäufer nicht hindert, sein Vindikationsrecht geltend zu machen, wenn der Dieb die Waare veräußert hat;

4. daß das Vindikationsrecht bestehen bleibt, wenn die Eigenthumsübertragung auf den Käufer von einer seinerseits nicht erfüllten Bedingung abhängig war, z. B. von der Acceptation eines Wechsels über den Kaufpreis;

5. daß das Vindikationsrecht des Verkäufers den Rechten des Pfandgläubigers kraft Konossements nachsteht.

Ich kann in Alledem schlechterdings nicht eine Bekräftigung der Ansicht Simonson's[14]) sehen, daß die Uebergabe des Konossements „complete legal delivery of the goods" sei.

Da nun der Warrant dem Konossement gleichsteht, kann ich die Definition, welche Simonson von diesem Papier giebt[15]), ebensowenig für richtig halten. Aus dieser Definition leitet aber Simonson[16]) die Folgerung ab: „Der Lagerhausinhaber besitzt daher vom Augenblick der Ausgabe des Scheines nicht mehr für den durch die bill of lading legitimirten Einleger, sondern für den jederzeitigen Inhaber des Warrants."

---

[13]) S. 32.

[14]) oben S. 260.

[15]) oben S. 262.

[16]) S. 215.

Diese Folgerung scheint mir unbewiesen und unbegründet. Wenn trotz dem Warrant (wie trotz dem Konossement) in einigen Fällen dem Eigenthümer ein Vindikationsrecht zugestanden werden muß, ist ein „Besitz für den Inhaber des Warrant" hiermit unvereinbar. Denn immerhin steht Das fest, daß gegen den Käufer, welcher das Gut besitzt, eine Vindikation nicht Platz greifen kann. Also bleibt immer noch die Hauptfrage bestehen: Welche juristische Bedeutung hat die Niederlegung im Entrepôt?

---

## III.

## Vortheile des Warrantsystems.

Die wirthschaftliche Bedeutung des Warrantsystems liegt in der Thatsache, daß es gleichzeitig dem Waarenumsatz und dem Waarenkredit dienstbar gemacht werden kann. Auf dem Worte gleichzeitig ruht der Nachdruck. Daß ein öffentliches Lagerhaus (Entrepôt, welches von einer Gesellschaft — Innung — oder vom Staat oder von Privatleuten verwaltet wird) Kosten, Mühe, Zeit (also Geld) spart; daß es ein Mittelpunkt für den Handel werden, ja seinen Niederlassungsort zu einem Stapelplatze machen kann; daß es, wo es durch sein ihm zugehöriges geübtes Personal mit der Niederlegung, Aufbewahrung, Bearbeitung, Verpackung, Sortirung und Versendung der Waaren betraut ist, dem Großhandel wichtige Dienste erweist; daß es durch seine maschinellen Einrichtungen (Elevatoren, Reservoirs u. s. w.) dem Transithandel auf die zweckmäßigste Weise von Nutzen ist; daß es durch sachkundig eingerichtete öffentliche Versteigerungen die zweite Hand in den Stand setzt, bequem auswählen zu können, und daß es hierdurch den Konsumenten Preisermäßigungen sichert — das Alles ist richtig. So richtig, daß es elementar klingt, und man Demjenigen, der, wie Wertheimer, einen Dithyrambus über das Entrepôt und seine Anwendung schreibt, welcher die Jahreszahl 1886 trägt, bei uns zu Lande wohl nicht ganz ohne Lächeln zuhören würde. Mais d'où sortez vous donc? ist man geneigt, zu fragen. Seit unsere Ostindische Gesellschaft am 20. März 1602 errichtet ist, hat unser

Handel genügend Gelegenheit gehabt, seine Ansicht in dieser Beziehung festzustellen.

Als diese Gesellschaft per varios casus, per tot discrimina rerum ihr Ende herankommen sah, wurden ihre Ueberlieferungen erst durch die kurzlebige Gesellschaft für den chinesischen Theehandel (1815 bis 1817), dann durch das Reichs-Entrepôtwesen, durch Lagerhausinhaber, Innungen, Handelsgesellschaften in Ehren gehalten. Auch vom kaufmännischen Gesichtspunkt aus braucht bei uns zu Lande der Vortheil einer Konzentration des Verkehrs mit Waaren in natura Niemandem des Weiteren auseinandergesetzt zu werden.

Allerdings kennt und würdigt unser Handel die Lagerscheine (ontvangceel) nicht seit Jahren, sondern seit Jahrhunderten, das Warrantsystem haben wir nicht. Will man entweder Waarenumsatz oder Waarenkredit, so hat man an den einfachen Scheinen genug. Von dem aber, was mit dem Warrantsysteme bezweckt wird, ist man dann weit entfernt. Zur Einführung dieses Systems ist der Doppelschein ein unabweisbares Erforderniß. Denn der einfache Schein kann nur verpfändet oder nur verkauft (veräußert) werden, kann also auch natürlich nur einen Zweck erfüllen.

Es scheint nun aus Allem hervorzugehen, daß Herr Pierson mit der einfachen Funktion zufrieden ist und die gleichzeitige Beförderung des Waarenumsatzes und des Waarenkredits nicht verlangt. Sein offenes Bekenntniß in dieser Richtung läßt an Deutlichkeit nichts zu wünschen übrig:[17] „Ich sage denn auch rund heraus, daß ich die Einführung des Doppelscheins hier zu Lande nicht als einen wichtigen Fortschritt ansehen würde. Unser cedullen (Lagerschein)-System wirkt ausgezeichnet. Die Gesellschaften, die sie ausgeben, verdienen und genießen das denkbar größte Vertrauen, und an Aufsicht über ihre Geschäfte, selbst über die Art und Weise ihrer Buchführung und über die Versicherung der Güter fehlt es nicht. Alles, was als beleihbar gelten kann, wird gegen mäßige Zinsen und mit geringem surplus als Unterpfand zugelassen. Ich kann nicht einsehen, daß der Handel viel dabei gewinnen würde, wenn noch die Doppelscheine hinzukämen, und ich glaube ebenso-

[17] S. 67.

wenig, daß ernstlich darnach verlangt wird; wäre es anders, so würde man wohl von einem solchen Verlangen etwas gemerkt haben in den Kreisen, in denen ich mich täglich bewege. Dann würden wohl auch irgend welche Schritte gethan worden sein behufs Befriedigung eines solchen Verlangens, Schritte, die nicht sehr schwierig sind, und die keine Veränderung unserer Gesetzgebung nöthig machen würden."

Es sei ferne von mir, die Richtigkeit der thatsächlichen Mittheilungen, die hier gegeben werden, irgend in Zweifel ziehen zu wollen. Aber die Achtung vor dem durchaus begründeten Ansehen eines Mannes, dem Talent und Erfahrung in hohem Maße zur Seite stehen, ist wohl vereinbar mit einem bescheidenen, aber ernstlichen Zweifel an der Schlüssigkeit der beiden richtigen argumenta e silentio, die Herr Pierson anführt.

Allerdings, wenn „der Handel" bei uns das Warrantsystem nicht verlangt, sind in dieser Richtung die Akten geschlossen. Die Rechtswissenschaft hat wahrlich dem Handel nichts aufzudrängen, womit diesem nicht gedient ist. Aber ist es so völlig sicher, daß der Handel über die Vortheile eines gut organisirten Warrantsystems gehörig unterrichtet ist? Soll man den Maßstab für die Brauchbarkeit dieses Systems allein von den ersten Handelshäusern mit fast unbegrenztem persönlichen Kredit entnehmen? Kann nicht, wenn man sich auf den Mangel einer Initiative des Handels beruft, diese Erscheinung aus der vielleicht unbewußten Wirkung des so mächtigen Gesetzes der Trägheit zu erklären sein? Dies Alles sind Fragen, die Herr Pierson unbeantwortet läßt, weil das Warrantsystem nur zu einem mikroskopisch geringem Theile sich seiner Sympathie erfreut. Würde es aber unbescheiden sein, eine sachliche Motivirung dieser Abneigung zu verlangen? Ich komme auf diesen Punkt zurück.

Herr Pierson verkennt nicht nur, oder richtiger verschweigt nicht nur die wirthschaftliche Bedeutung des Warrantsystems, sondern er weiß selbst da, wo er zögernd den Doppelschein durch eine Thürspalte einläßt, es so einzurichten, daß letzterer sich nur auf Waarenumsatz oder Waarenkredit stützt, d. h. eine sprechende Familienähnlichkeit mit dem einfachen Schein zeigt.

Wir wollen einmal die von Herrn Pierson vorgeschlagenen

Formulare etwas näher ansehen: Auf zwei Wegen will er „die Uebertragung von mit Pfandrecht beschwerten Gütern möglich machen.“ Im ersten Falle läßt er vom Aufbewahrer zwei Scheine ausstellen. Im zweiten Fall benutzt er das bestehende System des Lagerscheins (ontvangcedul), welche vom Aufbewahrer zu liefern sind, läßt aber den zweiten Schein vom Banquier ausgehen.

In beiden Fällen aber macht er den Geldgeber zum Herrn und Meister über den Warrant. Im ersten Falle veranlaßt er, daß Kauf und Verpfändung sofort abgewickelt werden dadurch, daß man die Scheine vom Banquier abholen kann. Im zweiten Falle bekommt der Banquier, außer dem ursprünglichen Verkäufer, einen zweiten (Pfand-)Schuldner dadurch, daß jeweils der Verkäufer den Käufer delegirt, d. h. zum Mitschuldner macht nach dem ursprünglichen Pfandschuldner. In der That, wenn ein Preis ausgeschrieben würde, um Angesichts der unabweisbaren Nothwendigkeit eines Doppelschein-Systems so nahe als möglich bei dem Einschein-Systeme zu bleiben, hätte der scharfsinnige Nationalökonom die Konkurrenz nicht zu fürchten.

Wenn diese unverkennbare Vorliebe für das bestehende Einschein-System nicht näher motivirt wird, darf man sich wohl verwundern. Nur zwei Länder, deren Handel von Bedeutung ist, haben dies Einschein-System: England und Oesterreich.[b]) Nun hat aber England, wenn man scharf zusieht, durch seine oben mitgetheilte Handelsübung die Lücke durch den Warrant und die Weight-Note ausgefüllt. England fällt also weg, ganz abgesehen davon, daß dieses Land infolge seiner eigenartigen und kräftigen Handelsgewohnheiten und seiner selbstständigen Entwickelung als Vorbild für eine Nachahmung nicht aufgestellt werden kann. Und was Oesterreich betrifft, so erfreut es sich allerdings des Einschein-Systems. Es kann aber auch Herrn Pierson nicht unbekannt sein, daß man dort über dieses System und seine Unannehmlichkeiten Stein und Bein klagt. Unter den Jammernden giebt der Schriftsteller den Ton an, den er selbst zitirt und lobt.[18])

---

[b]) Wie im Nachtrag erwähnt ist, hat Oesterreich seit dem 28. April bzw. 9. Mai 1889 das Einschein-System zu Gunsten des Doppelschein-Systems aufgegeben.

[18]) S. 62.

Leonhardt sagt: „Vor Allem muß die Reception des Zweischein-Systems, welches gegenwärtig in England (wenn auch nicht ausschließlich), ferner in Frankreich, Belgien und Italien besteht und welches Ungarn mit einem glücklichen Griffe seinem Handelsgesetze einverleibt hat, für Oesterreich als wichtigstes Erforderniß einer zeitgemäßen Reform des Lagerhausgesetzes betrachtet werden. Die Vortheile dieses Systems, bei welchem der Lagerschein (Waarenschein, récépissé, cédule, fede di deposito) zur Eigenthumsübertragung, der Lager-Pfandschein (Warrant, Pfandschein, bulletin de gage, note di pegno) zur Verpfändung, also zur Belehnung der Waare zu verwenden ist, und wobei die Veräußerung und die Verpfändung mittelst der beiden Scheine ohne gegenseitige Behinderung und mit voller Sicherheit der Rechte des Käufers wie des Pfandgläubigers unabhängig von einander vollzogen werden können, sind augenscheinlich, und wird der Vorzug dieses Systems vor dem in Oesterreich jetzt noch bestehenden Einschein-Systeme, besonders nach den in dieser Richtung so lehrreichen Erfahrungen Frankreichs und Belgiens, wohl allseitig anerkannt."[19])

In der That haben die österreichischen Schriftsteller schon lange Zeit diese Reform verlangt. So sagt der ebenso gemäßigte als sachkundige Sax, nachdem er flüchtig das Entrepôtwesen berührt hat, Folgendes: „Was aber die Hauptsache, die Krönung des ganzen Gebäudes ist: das auf das Entrepôtwesen basirte Warrantsystem konstituirt einmal die denkbar bequemste und leichteste Waarencirkulation; Vortheile deren bloße Anführung die in Rede stehende Institution vollends unter allen Verhältnissen, auch im Freihafen und im Binnenlande, als eines der mächtigsten Beförderungsmittel des Handels und Verkehrs erscheinen läßt."[20])

Den Mechanismus dieses Systems aber erklärt er folgendermaßen:

„Es wird einfach der Lagerschein in zwei Exemplaren ausgegeben, das eine davon dient zum Verkauf, das andere zur Verpfändung der Waare; Beides auf diese Art neben ein-

---

19) S. 50.

20) S. 6.

ander und unabhängig von einander möglich, während bei Ausgabe nur eines einzigen Scheins entweder nur das eine oder das andere durch den Lagerschein ermöglicht wäre, der Gebrauch des Lagerscheins zu dem einen Zwecke dessen Verwendbarkeit zu dem anderen ausschließt. Durch Ausstellung der Lagerscheine in duplo ist der Deponent, der Eigenthümer der Waare, in den Stand gesetzt, z. B. heute auf die Waare bis zu einem gewissen Werthbetrage, sagen wir 75 Prozent ihres Werthes, mittelst des einen Scheins ein Darlehen aufzunehmen und morgen die Waare (an der Börse) zu verhandeln, sodaß er auch den Rest, die Differenz zwischen dem bereits erhaltenen Gelde und dem verabredeten Kaufpreise bekommt, der Käufer die seinerzeitige Einlösung des verpfändeten Scheins übernehmend. Den zahlreichen Verwickelungen vorzubeugen, welche dieses einzige Beispiel der vielseitigen Anwendbarkeit jenes „einfachen Mittels" in der Vorstellung des Juristen und des Geschäftsmannes ohne Zweifel sofort hervorruft, das Entstehen von Weitläufigkeiten und Schwierigkeiten bei der Anwendung dieser Geschäftsart rundweg[21]) abzuschneiden, wie es das Geschäftsleben fordert, dies ist dann Aufgabe der juristischen Durchführung. Die Systeme der oben genannten Länder sind in dieser Hinsicht nicht ohne einige Verschiedenheiten." [22])

Wie Sax aber schließlich die Bedenken widerlegt, die dem in anderen Staaten gültigen Einschein-System entnommen werden, möchte ich mit seinen Worten wiedergeben. Es wird daraus deutlich werden, warum ich meinerseits auf dieses Glatteis mich lieber nicht wagen möchte.

> „Nun, allerdings giebt es Staaten, welche ein dem unsrigen ähnliches System aufweisen. Diese Länder sind — Spanien und Holland. Von dem ersteren bekennen wir offen, nur zu wissen, daß das betreffende Gesetz (vom 9. Juli 1862) auf dem Papiere steht. Doch das genügt. Bezüglich Hollands wäre unleugbar ernstere Rücksicht geboten; allein die ökonomische Tüchtigkeit und die rühmlichen Nationaltugenden der Holländer in allen Ehren, aber den Eindruck beweglicher, praktisch gewandter, findiger Leute

---

[21]) Es steht „rundweg". Die Oesterreicher sind schneidig.

[22]) S. 8/9.

haben sie auf den Verfasser nicht gemacht. In der That dienen die Warrants in Holland nur zu Verkäufen. Ueber Darlehen gegen Verpfändung der Scheine wird eine eigene Urkunde ausgestellt, und das ist es doch wahrlich nicht, was man mit den Warrants bezweckt." [23])

Ich will nun meinerseits das an unsere Adresse gerichtete Zeugniß gewiß nicht in seinem Werth anfechten. Aber wenn Herr Sax, der jetzt Professor in Prag ist, von der Art und Weise Kenntniß erhält, wie Herr Pierson bei uns das Doppelsystem gehandhabt sehen möchte, wird er an den obigen Schlußworten gewiß nicht viel zu ändern haben.

Offenbar geht der niederländische Nationalökonom stets von der Idee aus, daß nicht der Warrant verpfändet, sondern diesem ein besonderer Belehnungsakt hinzugefügt wird.[24]) Mit anderen Worten, der bestehende Zustand soll so ziemlich bleiben, wie er ist.

Es dürfte nützlich sein, diesen bestehenden Zustand einer kritischen Würdigung zu unterziehen. Ich entlehne zu diesem Zwecke Leonhardt, als dem sichersten Führer, die Stelle, die auf die Niederländische Bank Bezug hat.[25]) „Von der Niederländischen Bank werden sowohl die Waaren als Warrants belehnt. Eine Eskomptirung von Warrants findet nicht statt.

Bei der direkten Belehnung von Waaren übernimmt die Bank die Schlüssel des Speichers, wo die Waare unter ihrer Aufsicht lagert. Der Darlehnsnehmer hat beim Abschlusse der Belehnung, sowie nach jeweiligem Ablauf von drei Monaten, dann jedesmal, wenn die Preise herabgehen, die verpfändete Waare durch die bei der Bank anerkannten Makler taxiren zu lassen. Die Bank belehnt: Zinn mit 80 Prozent, amerikanische Baumwolle und Zucker mit 75 Prozent, Arak, Rum, Steinöl mit 65 Prozent, alle übrigen Waaren, welche in Belehnung genommen werden, mit 70 Prozent des Schätzungswerthes. Sie gestattet jederzeit, das gelieferte Pfand ganz oder theilweise gegen ein anderes umzutauschen. Vor jeder Belehnung von Waaren muß nachgewiesen werden, daß deren Asse-

---

[23]) S. 22.
[24]) S. 70.
[25]) S. 64.

kuranz gehörig besorgt ist. Bei den Bankfilialen werden verpfändete Waaren, wenn nöthig, bei Privatverwahrern unter Bürgschaft eingelagert. Die Bank macht jedoch, wegen des damit verbundenen größeren Risikos, hiervon möglichst selten Gebrauch.

Bei der Belehnung von Warrants, bei welcher die meisten vorstehenden Bestimmungen ebenfalls Anwendung finden, verlangt die Bank außer der Uebergabe des Lagerscheines eine besondere Verpfändungserklärung. Zur Belehnung sind außer den Lagerscheinen des Reichsentrepôts in Amsterdam (ein mit Staatsmitteln geschaffenes, unter staatlicher Aufsicht verwaltetes, einen Flächenraum von 14 Hektaren bedeckendes Etablissement) vor Allem die Warrants der verschiedenen Weemen (s. S. 28) zugelassen, welche zu diesem Ende gewisse Bedingungen zu erfüllen, so eine, im Verhältnisse zu ihrem Umsatze an Warrants allerdings geringe Kaution, durchschnittlich ungefähr 50 000 Fl., bei der Bank zu erlegen und ihr das Recht einzuräumen haben, durch einen Beamten, den Inspektor der Darlehen, die verpfändeten Waaren zu beliebiger Zeit besichtigen und untersuchen zu lassen. Ebenso muß der Bank wöchentlich eine genaue Nachweisung über die Assekuranz der verpfändeten Waaren geliefert werden, da dieselbe von den Weemen auch selbst übernommen oder wenigstens garantirt wird.

Ueber den Umfang der Waarenoperationen enthalten die Rechenschaftsberichte der Niederländischen Bank für das Jahr 1885/86 (das Geschäftsjahr der Bank schließt mit 31. März) folgende Angaben: die Waarenbelehnungen erreichten 1885/86 an neu geschlossenen und an prolongirten Darlehen zusammen den Betrag von 33 206 550 Fl., um 1 567 945 Fl. weniger als im vorhergehenden Jahre. Der höchste Stand der Forderungen im Waarenlombard betrug (11. April 1885) 9 309 645 Fl., der tiefste 6 186 625 Fl. (31. März 1886), der durchschnittliche Stand ergab sich mit 7 623 807 Fl.. An diesem Durchschnitts-Ergebnisse der Waarenbelehnungen nahmen Theil: die Hauptbank in Amsterdam mit $65,_{27}$ Prozent, die „Beibank" (Succursale) in Rotterdam mit $20,_{49}$ Prozent und die 13 Agentschaften (Dortrecht, Leeuwarden, Groningen, Utrecht u. s. w.) mit zusammen $14,_{24}$ Prozent. Im Eskompte und Lombard war 1885/86 durchschnittlich ein Kapital von $87,_{20}$ Mill. Fl. angelegt, wovon $44,_{39}$ Mill. Fl. auf den Eskompte,

42,81 Mill. Fl. auf die Belehnungen von Werthpapieren, Waaren und Münzen entfallen. Demgemäß halten sich Eskompte und Darlehen nahezu in gleicher Höhe oder genau in dem Verhältnisse von 50,91 zu 49,09.

In den vorhergehenden Jahren hatte der Stand der Darlehen auf Waaren und Warrants durchschnittlich betragen:

| Im Jahre | Gulden | Im Jahre | Gulden |
|---|---|---|---|
| 1864—65: | 6 064 000 „ | 1875—76: | 8 994 993 „ |
| 1865—66: | 6 190 000 „ | 1876—77: | 8 481 535 „ |
| 1866—67: | 6 693 000 „ | 1877—78: | 7 301 696 „ |
| 1867—68: | 5 998 000 „ | 1878—79: | 7 766 738 „ |
| 1868—69: | 5 759 000 „ | 1879—80: | 5 782 068 „ |
| 1869—70: | 7 519 000 „ | 1880—81: | 5 311 403 „ |
| 1870—71: | 8 782 876 „ | 1881—82: | 4 519 724 „ |
| 1871—72: | 7 737 379 „ | 1882—83: | 4 323 402 „ |
| 1872—73: | 9 243 780 „ | 1883—84: | 5 312 390 „ |
| 1873—74: | 8 673 040 „ | 1884—85: | 7 615 067 „ |
| 1874—75: | 9 186 593 „ | | |

Zur Ergänzung dieser Angaben entnehme ich dem vorletzten Jahresberichte der *Niederländischen Bank* folgende auf unseren Gegenstand bezüglichen Sätze: „Die abgeschlossenen *Waaren*beleihungen, neue und prolongirte zusammen, betrugen 40 777 945 Fl. also 15 373 360 Fl. mehr als im Vorjahr.

Der Durchschnitt war 8 454 522 Fl., also 3 367 658 Fl. mehr als im Vorjahr. An diesem Durchschnitt partizipirt die Hauptniederlassung der Bank mit 54,77 Proz., die Filiale mit 36,55 Proz. die Agenturen mit 8,68 Proz. Im vorigen Jahre waren diese Quoten 59,30, 26,13 und 14,57 Proz.

Die höchste Ziffer war 10 075 560 Fl. am 17. Oktober, die niedrigste war 5 946 490 Fl. am 31. März, zugleich die Schlußzahl.

Als Verlust haben wir auf unsere Waarenbeleihungen eine Summe von 209,63 Fl. abschreiben müssen.“

Mit diesen Zahlen vor Augen wird man schwerlich behaupten können, daß bei uns ein Bedürfniß nach *Waarenkredit* nicht vorhanden ist.

Die Nutzanwendung dieser Bemerkung soll sofort gemacht werden.

Um ein Urtheil über das *Doppelschein*-System zu gewinnen,

geht Herr Pierson einen sonderbaren Weg. Er beginnt nämlich mit der Suche nach einem Vergleichungsmaßstab[26]) und deduzirt dann so: „Es giebt Länder, wo der Waarenkredit entweder gar nicht oder sehr mangelhaft existirt. Möge dieser so rasch als möglich sich verbessern. Wir aber, welche täglich die Güterbeleihung auf dem Wege der Lagerscheine in Anwendung sehen, haben zu fragen: „Was gewinnen wir durch das Doppelschein-System?"

Diese Deduktion wäre völlig schlüssig, wenn — was stillschweigend vorausgesetzt wird — unser Einschein-System keiner Verbesserung bedürfte. Dann nämlich müßten wir suchen, daß wir, wenn wir dies gegen das Doppelschein-System eintauschten, vor Allem den — in thesi jedenfalls untadelhaften — wirthschaftlichen Werth des Einschein-Systems bewahrten. In der That ist Herr Pierson darauf bedacht, wie wir sahen. Den objektiven Beweis aber, daß Waaren-Umsatz und Waaren-Kredit in gegenseitiger Verbindung nicht eine größere wirthschaftliche Rolle spielen können, als dies unter der Herrschaft des Einschein-Systems möglich ist — diesen Beweis bleibt er schuldig. Von seiner unausgesprochenen, aber doch klar ersichtlichen Ansicht in dieser Beziehung giebt er nirgends Rechenschaft.

Ich halte aber diese Lücke für bedenklich, weil sie nothwendig der Frage, die uns beschäftigt, andere Dimensionen geben muß, als sie eigentlich hat. Man sehe nur, wozu Herr Pierson kommt, durch Beschränkungen, die er sich selbst auferlegt hat. Um die Gewinn- und Verlustrechnung des Doppelschein-Systems aufzumachen und das Facit daraus zu ziehen, stellt er ein conto finto auf. Er streicht lediglich auf der Kreditseite die Fälle, in denen das Doppelschein-System entweder überhaupt nicht benutzt werden kann, oder gar keinen oder nur beschränkten Nutzen gewähren kann. Auf Grund dieser in Gedanken vorgenommenen Musterung rechnet er für das Doppelschein-System nur einen ärmlichen Kredit-Saldo heraus.

Das will ich allerdings glauben: Bei dieser Methode mag das Doppelschein-System froh sein, daß es noch mit dem nackten Leben davon kommt, und nichts spricht mehr für seine angeborene

26) S. 64.

Lebenskraft als daß es, nach jenes Schriftstellers eigenem Geständniß,[27] einem solchen Angriffe widerstehen kann.

Worin liegt der Fehler? Darin meines Erachtens, daß Herr Pierson, sehr entgegen seiner wissenschaftlichen Methode, in diesem Falle, aus Vorurtheil oder Voreingenommenheit, welche der Unbefangenheit nicht gerade förderlich ist, Beobachtung mit Kasuistik verwechselt hat. Ohne Beobachtung giebt es weder Recht, noch Nationalökonomie. Schon lange ist das jus cerebrinum verurtheilt, und die abstrakte Nationalökonomie sieht selbst in England, ihrer Geburtsstätte, — man lese nur einmal Rogers nach — mit jedem Tag die Zahl ihrer Anhänger schwinden. Aber die in gehöriger Weise fundirte, fest begründete Beobachtung, welche die Grundlage für die wirthschaftlichen Folgerungen sein kann und soll, muß wohl unterschieden werden von einer Kasuistik, von der weder bewiesen ist, daß sie mit der Wirklichkeit übereinstimmt, noch daß sie das Ganze wiedergiebt.

Wir wollen einmal den conto finto selbst durchgehen:

Erster Posten: „Der Doppelschein ist durchaus nicht empfehlenswerth, wenn der Käufer der Waare keine Spekulation beabsichtigt, sondern verarbeiten oder ausführen will.“[28] Dies ist eine vérité de Mr. de Palisse, an der wir wohl kaum etwas werden aussetzen können. Wenn ich die Waare nöthig habe, kann mir das Papier nichts nutzen. Das steht so fest wie ein Felsen, und hat weder mit dem Doppelschein, noch mit dem Einschein-System etwas zu thun. Es ist Täuschung, zu meinen, daß mit diesem Prügel das Doppelschein-System getroffen werden kann. Der Warrant (einfach oder doppelt) beginnt natürlich nicht seine Entrepôt-, aber seine Verkehrs-Funktion nur dann, wenn man eben nicht über das Gut in natura verfügen muß. Wir sind also mit diesem Falle nicht nur außerhalb des Doppelschein-Systems, sondern außerhalb der ganzen Materie.

Zweiter Posten:

„Das System ist ebensowenig von Vortheil, wenn der Käufer baare Mittel oder einen Blankokredit bei seinem Banquier oder ein

[27]) S. oben S. 270.

[28]) S. 65.

diskontirbares Papier oder beleihbare Waaren hat. In diesem Falle kann er komptant zahlen und hierfür seine Kasse in Anspruch nehmen und sie, wenn nöthig, verstärken. Dieser Fall ist, wenigstens in den Niederlanden, nicht selten." [29]) So, wirklich? Es ist immerhin eine Genugthuung, zu erfahren, daß wir so warm gebettet sind. Ob eine thatsächliche Grundlage für diesen Optimismus besteht, wage ich nicht zu entscheiden. Ich fürchte aber sehr, daß unter denen, welche Beziehung zu dem niederländischen Handel haben, Groß- und Kleinhändler sein werden, welche geneigt sein dürften, seufzend den Ausruf von Scapin zu wiederholen: nous ne nous savions pas tellement à l'aise que ça. Was mich zu dieser Befürchtung veranlaßt, ist nicht schwer zu sagen. Es sind die soeben mitgetheilten Jahresziffern der Niederländischen Bank. Mir scheint, zu seinem Vergnügen giebt Niemand Waaren zum Pfand. Die Verpfänder sind ihrerseits doch auch Käufer. Wie kommt es, darf man wohl Angesichts der uns gegebenen glänzenden Schilderung fragen, daß sie gerade sich eiligst nach der Bank begeben, während ihre Käufer angeblich in Geld wühlen. Und umgekehrt, wenn dem Deponenten-Käufer die Möglichkeit der Verpfändung, also der Waarenkredit, in keiner Weise unwillkommen ist — wie figura zeigt — warum sollte dem Käufer dieses Deponenten dieselbe Stütze durch den Waarenumsatz gleichgültig sein? Meine Meinung ist diese: Baar-Mittel, Blankokredit, diskontirbare Papiere, beleihbare Waaren — dies Alles sind sehr empfehlenswerthe Dinge, sie haben aber eine lästige Unbequemlichkeit. Nämlich, daß sie eine Grenze haben. Und die Frage ist gerade, ob alsdann und in diesem Falle das Doppelschein-System nicht ein erwünschter Bundesgenosse sein könnte? Für die eine Hälfte der hier in Frage kommenden Personen: die Deponenten, wissen wir dies bereits mit völliger Sicherheit in Folge der Ziffern der Niederländischen Bank. Warum sollten wir für die andere Hälfte: die Käufer, hieran zweifeln? Aus welchem Grunde machen wir die Theilung: rechts die Deponenten — diese brauchen den Waarenkredit; die Käufer links — diese können davon absehen? Und beruht diese ganze Unterscheidung ohne nähere Erklärung nicht sehr auf Willkür?

---

29) S. 65.

Dritter Posten: „Die Einführung der Doppelscheine ist aber auch denjenigen Käufern nicht vortheilhaft, denen man gern Kredit giebt. Ich glaube nicht, daß man vielen Kaufleuten einen Gefallen thun würde, wenn man ihnen die Befugniß auf Promessen zu kaufen entzieht und ihnen dafür bei jedem Geschäfte eine Weightnote aufdrängt.“ [30]) Darf ich fragen, wer davon gesprochen hat? Mir scheint, das Doppelschein-System läßt die Befugniß auf Promessen (promissory notes, Accept) zu kaufen völlig unberührt. Den Verkäufer aber setzt es in den Stand, einen sachlichen Kredit zu geben, wenn ihm der persönliche ungenügend scheint. Wird ein Käufer, auf dessen Unterschrift allein ein genügendes Vertrauen nicht gesetzt wird, sehr dankbar dafür sein, wenn man ihm, aus lauter Vorliebe für persönlichen Kredit, die Gelegenheit nimmt, Geschäfte zu machen?

Andere Posten kommen auf dem conto finto nicht vor. Der Kreditsaldo sieht denn auch recht mager aus. Er lautet: „Es zeigt sich also, daß das Gebiet, auf dem der Doppelschein nützlich werden kann, ein sehr enges ist. Er beschränkt sich auf einige wenige Fälle, in denen Jemand eine Partie Waaren kaufen will, die er vorläufig im Packhause liegen lassen möchte, wo sie niedergelegt sind, weil er kein Geld hat, um baar zu zahlen, sich auch kein Geld verschaffen kann, und der Verkäufer ihm keinen großen Kredit gewähren will.“

In diesem Schlußsatze muß sich natürlich der ursprüngliche Fehler wiederholen. Die Sache ist aber zu wichtig, um sie nicht noch einmal zu beleuchten. Von „einigen wenigen Fällen“ wird hier geredet. Sind in dieser Redewendung des Herrn Pierson mit dem „Jemand“ die Deponenten (nicht, wie uns beständig zu verstehen gegeben wird, die Käufer dieser Deponenten) gemeint, dann hätten doch nach den letzten Jahresziffern der Niederländischen Bank für 40 777 945 Fl. Geschäfte nicht gemacht werden können, wenn der Waarenkredit (durch Beleihung seitens der Bank) diesen Deponenten nicht zur Hülfe gekommen wäre.[31]) Wie in aller Welt

---

30) S. 65.

31) Die wirkliche Ziffer der unter dieser Voraussetzung mißglückten Operationen wäre natürlich viel höher. Denn private und andere Anstalten beleihen ebenso

rechnet man denn heraus, daß, wenn der „Jemand“ der Käufer des Deponenten ist, dieser doch für 40 777 945 Fl. Waaren umsetzen kann, auch wenn ihm der Kredit verweigert wird, welcher seinem Verkäufer unvermeidlich erschien? Dies ist „a puzzle“, wie die englischen Bauern sagen, welches ich nicht enträthseln kann.

Es wird also jetzt deutlich sein, warum ich sagte,[32]) daß — nicht die Art der Behandlung (hieran sind wir bei Herrn Pierson nicht gewöhnt, und dies ist auch hier nicht geschehen), sondern seine ganze Auffassung, sein von vornherein eingenommener Standpunkt unseren Gegenstand herabsetzt. Wir haben hier mit einem wahren vitium primae formationis zu thun. Stimmt der Wirkungskreis, welchen Herr Pierson dem Doppelschein einräumt, mit der Wirklichkeit überein, wie sollte Herr Pierson dazu kommen, eine, immerhin umständliche und beschwerliche, Revision der Gesetzgebung zu verlangen? Den „einigen wenigen Käufern“ werden wir mit vereinten Kräften auch ohne neues Gesetz wohl noch helfen können!

Wie aber ist bei dieser Auffassung die Stimmung und das energische Drängen im Auslande zu erklären? Man prüfe einmal nach der beschränkten Aufgabe, die jener Schriftsteller dem Doppelschein anweist, das große Material, welches Hecht aus der alten und neuen Welt gesammelt hat. Ueberall, mit geringen Ausnahmen, herrscht das Doppelscheinsystem, und in Deutschland, wo es noch nicht besteht, verlangt man es. Diese Thatsache allein — speaks volumes. Schwimmen wir allein im Luxus, während man anderwärts Mühe hat, herum zu kommen, und in Verzweiflung nach dem Warrant greift?

Die Sache ist die: Alles, was Herr Pierson gegen den Doppelschein anführt, läßt sich mit genau demselben Recht (oder Unrecht) gegen den einfachen Schein anführen. Dies kann einfach nicht anders sein. Es steckt nichts Mystisches im Doppel- oder einfachen Schein und mit Idealismus oder Realismus haben wir hier nicht zu thun. Es sind einfache Urkunden, welche Kredit

wie die Niederländische Bank Waaren zu einem Betrage, der kaum zu bestimmen oder auch nur zu schätzen ist. Sollte er bei allen diesen Anstalten zusammen nicht ebenfalls 40 Millionen ausmachen?

[32]) oben S. 271.

schaffen. Nun hängt es allerdings sehr davon ab, in wessen Hände der einfache oder Doppelschein kommt. Beide können verkehrt gebraucht werden, aber der einfache Schein nicht mehr als der Doppelschein, der Doppelschein nicht mehr als der einfache. Von vornherein zu bestimmen, welche Klasse von Personen Beleihungen oder Verkäufe abschließen, also den einfachen oder Doppelschein brauchen wird, ist schlechterdings unmöglich, aus dem einfachen Grunde, weil ich heute als Importeur, Produzent, Deponent Waaren einführen und morgen als Käufer Waaren brauchen kann. Habe ich nun heute Kredit nöthig, und wird er mir durch den einfachen Schein gegeben, warum solle er mir morgen wegen des Fehlens des Doppelscheins abgeschnitten werden?

Und doch unternimmt Herr Pierson — mirabile dictu — jene Personen-Nachweisung a priori. Warum? Weil er sie braucht, um das Einscheinsystem zu stützen und dem Doppelscheinsystem einen Stoß zu versetzen. Den einfachen Schein will er natürlich nicht entbehren. Was soll man von einem Nationalökonomen denken, der verächtlich herabsieht auf ein Kreditmittel, welches allein bei der Niederländischen Bank 40 Millionen repräsentirt? Weil er vom Doppelscheine nichts wissen will, läßt er dessen Nützlichkeit nicht gelten. Qui veut battre son chien, dit qu'il a la rage.

„Die Nützlichkeit?" — Sie ist vollkommen dieselbe wie diejenige des einfachen Scheines. Außer dem Wechsel mit 2 oder 3 Unterschriften haben wir Promessen oder Checks. Gefälscht kann Alles werden, aber wer hätte je versucht, das Gebiet dieser Kreditpapiere nach dem Nutzen der Personen abzugrenzen, die sich ihrer bedienen?

So stark ist die unfreundliche Gesinnung des Herrn Pierson, daß er dem kaum geborenen Doppelscheine bereits einen Stoß versetzt. Poor fellow — ein grausamerer Pathe existirt nicht. Erinnern wir uns an den geringen Nutzen, den er bringt: „(Er) beschränkt sich auf einige wenige Fälle, in denen Jemand eine Parthie Waaren kaufen will, die er vorläufig im Packhause liegen lassen möchte, wo sie niedergelegt sind, weil er kein Geld hat um baar zu zahlen, sich auch kein Geld verschaffen kann, und der Verkäufer ihm keinen großen Kredit gewähren will."[33])

---

[33]) S. 281.

Wäre es nur dabei geblieben, so würde man in Erinnerung an den Vers von Musset:

Mon verre n'est pas grand,
Mais je bois dans mon verre,

die Sache laufen lassen können. Von „geringem Nutzen", sagt er — gut, aber doch von Nutzen. Die Fürsprache eines Mannes, wie Pierson, ist so viel werth, daß jedes Zeugniß aus seiner Hand dankbar angenommen werden muß.

Aber leider wird unmittelbar darauf der „geringe" noch verkleinert, und das, was man so schon mit genauer Noth merken konnte, wird imponderable.

Man höre nur, wie Herr Pierson fortfährt:[34]) „Ich sage: kein großer Kredit; denn etwas Kredit giebt auch unter dem Doppelscheinsysteme der Verkäufer immer. Angenommen, ich verkaufe dem X. eine Partie Waaren für 10 000 £, er giebt mir eine Anzahlung (deposit) von 2000 £ und nun händige ich ihm die Weight-Note aus, welche gegen Zahlung von 8000 £ das Recht auf den Warrant giebt. Einen Monat später macht X. Konkurs, und der Werth der Waare ist auf die Hälfte, sagen wir auf 5000 £, gesunken. Nun bleibt mir nichts anderes übrig, als die Waaren im Zwangswege zu verkaufen und für 3000 £ in die Masse des X. als Gläubiger zu gehen. Allerdings bin ich nun in einer besseren Lage, als ich wäre, wenn ich auf Promessen verkauft hätte, und plötzliche Schwankungen von 50 Prozent sind glücklicherweise nicht häufig. Aber aus diesem Beispiel erhellt doch, daß das System nicht vollkommen ist. Die Personen, denen es dienen soll, sind gerade die, deren finanzielle Lage durch eine starke Werthverminderung der von ihnen gekauften Waaren auf das Ernstlichste geschädigt wird."

Die beiden letzten Sätze habe ich gesperrt drucken lassen. Was ist Besonderes daran? Das, daß der verehrte Schriftsteller nicht sieht, daß man Wort für Wort seine Beweisführung benutzen könnte, um das System des einfachen Scheines, also der bei uns bestehenden ontvangceel, zu beseitigen. Auch hier gibt der Banquier etwas Kredit. Auch hier schießt der Banquier, sagen wir

[34]) S. 67.

8000 fl., auf eine Waare im Werthe von 10 000 fl. vor, behält also ein surplus von 2000 fl. Auch hier kann der Pfandschuldner in Konkurs gerathen, der Werth der Waare sich um 50 Prozent vermindern und der Banquier mit 3000 fl. in die Masse gehen müssen. Auch hier ist also klar, daß das Einscheinsystem durchaus nicht vollkommen ist. Sollen wir nun auch das Einscheinsystem abschaffen? Vollkommen ist kein System: weder das Einschein-, noch das Doppelscheinsystem. Aber das Einscheinsystem erfüllt seine Aufgabe, was Niemand bestreitet, auch Herr Pierson nicht. Worin liegt der Fehler des Doppelscheinsystems? Es scheint, daß der letzte, eben zitirte Satz dies klar machen soll: „Die Personen, denen es (das Doppelscheinsystem) dienen soll, sind gerade die, deren finanzielle Lage durch eine starke Werthverminderung der von ihnen gekauften Waaren auf das Ernstlichste geschädigt wird.“ Ehrlich gesagt, das Gewicht dieses Einwands ist mir unklar. Ist diese Bemerkung richtig, dann dürften wir das Doppelscheinsystem nicht verwerfen, sondern müßten es mit aller Macht vertheidigen. Wir wissen ja durch Herrn Pierson (nur wenige Zeilen vorher): „Es geschieht ungemein häufig, daß der Verkäufer in die Unterzeichnung (des Käufers) Vertrauen setzt.“ Ist dem aber so, dann muß es doch dem Verkäufer angenehm sein, wenn er den mit der „Unterzeichnung“ verbundenen Gefahren, wenn auch nur zum Theil, entgehen kann. Je mehr also Herr Pierson solche Käufer im Auge hat, deren „finanzielle Lage“ eine starke Werthverminderung nicht vertragen kann, umsomehr wird es Pflicht, durch Einführung des Doppelscheinsystems ihre Verkäufer gegen Verlust zu schützen. Und doch hört Herr Pierson nicht auf, dieses System als „unvollkommen“ zu bezeichnen! Das begreife, wer kann, mir ist es dunkel geblieben.

Wir wollen der Diskussion eine etwas breitere Grundlage geben. Anspruch auf gesetzliche Regelung hat der Warrant nur dann, wenn er, als ein Ring in der Kette der Bedürfnisse und Hülfsmittel des Handels, wirkliche wirthschaftliche Dienste erweisen kann. Diesen Gesichtspunkt ließ Herr Pierson außer Augen, wie mir scheint, aus Geringschätzung des wirthschaftlichen Werthes des Doppelscheinsystems. Wäre diese Geringschätzung nicht nur ausgesprochen, sondern auch bewiesen, so könnte man sich ja damit

zufrieden geben. Da sie dies aber nicht ist, so wollen wir einen Zeugen hören, dessen Autorität auch Herr Pierson nicht bestreiten wird. Ich meine den jetzigen Vize-Präsidenten des Reichsbankdirektoriums, Dr. R. Koch.

Dieser sagt:[35])

„Der immer lauter werdende Ruf nach einem deutschen Warrantgesetz verdankt seine Entstehung der mehr und mehr verbreiteten Ueberzeugung von der wirthschaftlichen Nützlichkeit eines richtig ausgebildeten Warrantsystems. Es ist in der That nicht zu bezweifeln, daß dieses in Deutschland sich nicht minder als ein wichtiger Hebel des Volkswohlstandes erweisen könnte, als es im Ausland längst geschehen ist. Die Voraussetzung ist freilich ein solides Lagerhauswesen ..... Erst mit dem Warrant verbunden aber ist die Lagerhauseinrichtung im Stande, ihre wirthschaftliche Bestimmung ganz zu erfüllen, weil nur er den in dem Lagerhaus aufgespeicherten Waaren die nöthige Beweglichkeit verleiht. Nur der indossable Warrant vermag es, vorausgesetzt, daß es sich um sogenannte Massenwaare ohne allzu viele oder allzu feine Qualitätsunterschiede handelt, die Waare bei der Uebertragung des Verfügungsrechts, und namentlich bei der Kreditgewährung, vollständig zu vertreten, verhütet somit das Festliegen des in der Waare angelegten Kapitals und befähigt den Besitzer, jeder Konjunktur zu folgen. Der Waarenverkehr, besonders der Waarenkredit, erlangt so die für den Großhandel erforderliche Leichtigkeit und gewinnt dadurch neues Leben, an welchem auch der mit geringeren Mitteln ausgestattete, aber thätige und geschickte Unternehmer theilzunehmen im Stande ist. Ein Hauptvorzug ist, daß durch den Warrant allein der in der deutschen Handelswelt, namentlich aber im Westen und Süden, gescheute und geschmähte Waarenkredit gewissermaßen legitimirt werden kann. Die heutigen Formen der Verpfändung mit ihren in die Augen fallenden Zeichen, ihren schwerfälligen Formen, welche dennoch der heutigen strengen Konkursgesetzgebung gegenüber selten volle Rechtssicherheit gewähren, sind es, welche jenes starke Vorurtheil gegen die Waarenbeleihung hervorgerufen haben und angesehene Kaufleute wie andere Gewerbetreibende da-

---

[35]) Busch a. a. O. S. 3—5.

von zurückhalten, auf diesem Wege Kredit zu suchen. Mit der Einbürgerung des Warrants als Kreditpapier wird die Abneigung gegen den Waarenkredit verschwinden. Man wird einsehen, daß in dem Warrant häufig ein solideres Element liegt, als im Wechsel, welchem der Ursprung aus unsoliden Geschäftsoperationen oft schwer anzusehen ist, und das Papier wird seinen Weg selbst in das Portefeuille der großen Banken finden, wenn ihm das Gesetz die richtigen Eigenschaften beilegt. Daß die Entwickelung sehr wohl diesen Gang nehmen kann, zeigt das Beispiel Frankreichs und neuerdings Belgiens, wo die Landesnotenbanken in den von ihnen diskontirten Warrants einen werthvollen Bestandtheil ihrer Anlage erblicken. Allerdings ist nicht zu leugnen, daß der Warrantverkehr auch gewisse Gefahren in sich birgt, indem er die ungesunde Spekulation und die Ueberproduktion fördern kann. Indessen hat die Erfahrung diese Besorgniß nicht bestätigt. Nur der Glasgower Eisen-Warrant ist Gegenstand der Agiotage geworden, während auch heutzutage ein Börsenspiel in Waaren (ohne Warrants) nicht selten ist. Andererseits trägt der Warrant dazu bei, allzu große Preisschwankungen zu verhindern und die Gewalt von Handelskrisen zu mildern. Keinesfalls wird man um des möglichen Mißbrauchs willen die überwiegenden Vortheile aufgeben wollen."

Um das hier bezeichnete Ziel zu erreichen, ist das Doppelschein-System unentbehrlich.

In dieser Beziehung sagt Koch,[36]) daß er glaube, „daß das Zweischeinsystem den Sieg davontragen wird. Bemerkenswerth ist, daß dasselbe von allen anderen Staaten, von Frankreich und Belgien erst nach längerem Versuch mit dem anderen System, angenommen ist. Der Einwand, daß es zu komplizirt sei, ist nicht zutreffend; im Gegentheil bringt die Theilung in Lagerschein für Uebertragungen — und Lagerpfandschein (Warrant) für Pfandgeschäfte die mit der Waare vorgenommenen Rechtsgeschäfte einfacher, klarer und deutlicher zum Ausdruck, verhindert Täuschungen und macht alle Nebenurkunden (letters of charge, of hypothecation) entbehrlich. Entscheidend aber ist der wirthschaftliche Vortheil, daß während der Dauer des Kreditgeschäfts der Um-

[36]) a. a. O. S. 18.

satz der Waare unter Benutzung wechselnder Konjunkturen unbehindert bleibt. Soll das Beleihungsgeschäft durchaus Dritten verborgen bleiben, so ist das Zweischeinsystem dem nicht hinderlich, da alsdann beide Urkunden ungetrennt belassen werden können. Insofern ist das Einscheinsystem in demselben mitenthalten."

Die beste theoretische Erläuterung der hier gekennzeichneten wirthschaftlichen Bedeutung des Doppelschein-Systems giebt, wenigstens nach meiner Ansicht, Bayerdörffer. Seine Meinung ist in der Hauptsache folgende:

Durch den Warrant erhält der Handel auf Kredit eine solidere Grundlage, als es bei rein persönlichem Kredit, mit dessen beschränkten Hülfsmitteln und bei dem häufigen Wechsel der Vermögensschätzung, möglich ist. Hierzu muß die Gesetzgebung, indem sie sich an das Entrepôtwesen anschließt, beitragen. Der persönliche Kredit ist an einen von vornherein bestimmten Termin gebunden. Der Warrant kann bequem erneuert werden, wenn die Waare sich dazu eignet. Bei dem persönlichen Kredit wird der Zinsfuß, weil er zugleich eine Versicherungsprämie in sich schließt, höher sein, als bei dem Warrant, welcher eine dingliche Bürgschaft hinter sich hat. Der Warrant macht es also dem Industriellen möglich, mit geringerem Betriebskapitale zu arbeiten oder doch seinem Geschäft eine größere Ausdehnung zu geben. Der persönliche Kredit, wie groß er auch immer sei, ist beschränkt. Der Produzent dagegen, der seinen Warrant beleihen will, sieht sich dadurch zu neuer Produktion im Stande, deren Früchte er auf's Neue beleihen lassen kann.

Der Einfluß des Warrantsystems auf die Entwickelung des Handels ist unverkennbar.[c]) Soll ein Betrieb die höchst mögliche Rente abwerfen, so muß das sogenannte umlaufende Kapital ohne Unterbrechung seinen Kreislauf verfolgen können. Der Fabrikant kauft Rohstoffe, bezahlt Löhne, verkauft seine Produkte und verwendet den Erlös zu neuer Arbeit. Der Kaufmann handelt ebenso. Der Verbrauch der Güter aber ist selten ein gleichmäßiger, er hängt von einer Reihe von Faktoren ab. Er ist von Hause aus Schwankungen unterworfen, die, wenn Störungen in dem wirthschaft-

[c]) S. zum Folgenden Bayerdörffer S. 38.

lichen Organismus entstehen, bedenkliche Dimensionen annehmen können.

In derartigen Fällen stockt ein Rad des Kreislaufs. Manchmal hält das Bedürfniß nicht gleichen Schritt mit der Produktion, manchmal bleibt letztere zurück. Mitunter ist das umlaufende Kapital nicht im Stande, die steigende Nachfrage zu befriedigen.

Uebertrifft nun das Angebot die Nachfrage, so muß der Produzent, dessen Kapital in der Waare festliegt, entweder seine Mittel angreifen oder sich des Warrant bedienen, um durch Beleihung desselben sich zu gleichmäßiger Produktion in den Stand zu setzen.

Im umgekehrten Falle bringt er die früher zurückgehaltene Waare an den Markt.

Bis zu gewissem Grad also wird durch die Intervention des Warrant der Produzent unabhängig von der wechselnden Nachfrage. Dies bewirkt Gleichmäßigkeit in der Ausnutzuug der Arbeitskräfte und Maschinen.

In Zeiten einer Handelskrisis kann dann auch der Warrant ausgezeichnete Dienste leisten, um das herrschende Mißtrauen zu bekämpfen. Waaren pflegen dann genug da zu sein, doch fehlt es an Geld und an Kredit. Der Warrant kann dann zwecklos verborgene Kapitalien an den offenen Markt bringen.

Den Handel setzt der Warrant in den Stand, den günstigen Augenblick zu wählen. Ein Produzent, welcher nicht mehr Betriebskapital hat, als er braucht, würde, da er gezwungen ist, seine Rohstoffe schnell zu verarbeiten, ohne die Vermittlung des Warrant nur dann einkaufen zu können, wenn er die frühere Waare verarbeitet hat. Der richtige Zeitpunkt kann dann aber vorüber sein. Der Kaufmann andererseits kann in die Nothwendigkeit versetzt werden, einkaufen zu müssen bei geringer Nachfrage und niedrigen Preisen, nur um bei steigender Nachfrage letztere befriedigen zu können. Reichen seine Mittel nicht aus, um so lange Geduld zu haben, bis eine steigende Nachfrage kommt, so muß er eben den Einkauf zu günstigem Zeitpunkt unterlassen, wenn ihm nicht der Warrant zu Hülfe kommt. Der Warrant giebt sonach Beiden die Freiheit der Bewegung, welche auch dem Markte selbst und den Käufern zu Statten kommt. So ist der Bremer Baumwollenhandel

zu Grunde gegangen, weil die Kaufleute nicht mehr im Stande waren, die Konkurrenz mit Havre auszuhalten. Ihre Kapitalkraft war nicht groß genug, um genügende Vorräthe von allen Sorten zu halten, was die Käufer nach anderen Märkten führte. Der Bremer Handel erwartete Besserung von der Einführung des Warrantsystems, welche denn auch durch Gesetz vom 13. Mai 1877 erfolgte.[37])

Alle diese Vortheile kommen nicht ausschließlich dem Produzenten, sondern auch dem Konsumenten zu Statten. Dies wird bewirkt durch die Neigung, welche das Warrant-System seiner Natur nach hat, das gestörte Gleichgewicht zwischen Nachfrage und Angebot herzustellen, so daß die Gegensätze zwischen fehlender Nachfrage bei normalem Angebot und steigender Nachfrage bei ungenügendem Angebot bis zu gewissem Grade beseitigt werden.

Von Bedeutung ist für den Konsumenten auch die Frage, ob eine wirthschaftliche Einrichtung dauernden Einfluß auf den Preis haben kann.[d]) Auf zwei Wegen ist dies möglich: entweder, wenn durch sie das Verhältniß zwischen Nachfrage und Angebot geändert oder wenn durch sie eine Verminderung der Produktionskosten bewirkt wird.

Das erste Ziel erreicht das Warrantsystem, weil der Produzent nicht genöthigt ist, zu niedrigen Preisen zu verkaufen, sondern warten kann, bis sich eine größere Nachfrage zeigt. Allerdings kann dieses System nicht schützen gegen plötzliche Umwälzungen in den Preisen, welche etwa durch Spekulationskrisen entstanden sind. Im gewöhnlichen ruhigen Verkehr aber bewirkt es ein Abnehmen der Preisschwankungen, erhöht also die Beständigkeit der Preise. Sehr wichtig ist in dieser Beziehung die Mittheilung eines Kaufmanns aus Glasgow: „Vor Einführung des Warrant bewegten sich die Preise des Roheisens in Differenzen von mindestens 2½ Shilling, meistens sogar 5 Shilling per Tonne, während die Preisbewegung jetzt nur 3 Pence, oft sogar nur 1½ Pence per Tonne beträgt.“ [e])
Jedenfalls eine merkwürdige Erscheinung, selbst wenn man sie nicht ganz auf Rechnung des Warrantsystems stellt.

---

[37]) Hecht S. 150.

[d]) Bayerdörffer S. 42.

[e]) Bayerdörffer S. 43 Anm. 1.

Das zweite Ziel: die Verminderung der Produktionskosten erreicht das Warrantsystem insofern auch, weil der etwas beständigere jetzige Durchschnittspreis unter dem Niveau der früheren Durchschnittspreise steht. Diese Verminderung der Produktionskosten kommt zu Stande, weil der Handel den günstigen Augenblick für den Verkauf abwarten und sein in Waaren angelegtes Kapital gegen mäßigen Zinsfuß mobilisiren kann. Ferner braucht der Handel im Verhältnisse weniger Betriebskapital, hat Gelegenheit, die Waaren zweckmäßig aufzubewahren und nutzlose Transporte zu vermeiden.

Dies Alles mindert das Preisniveau und giebt der Konkurrenz Gelegenheit, Preisminderungen zu Stande zu bringen.

In Folge eines Mißbrauchs des Systems können aber allerdings auch starke Preisschwankungen verursacht werden. Denn immerhin wird durch Vermittelung des Warrant eine Kaufkraft von dem Platze, wo sie schlummert, nach einem anderen Platze gebracht, wo sie thätig wird. Die Nachfrage nimmt also zu, was eine Preiserhöhung zur Folge hat. Mit Hilfe des Vorschusses können rasch neue Waaren gekauft werden, die, auf's Neue verpfändet, zu neuen Einkäufen verwendet werden können, bis der immermehr zurückgehende Unterschied zwischen dem Werthe der Waare und dem Vorschusse der Sache ein Ende macht. Die übermäßig gesteigerte Nachfrage kann zur Ueberproduktion führen, welche ihrerseits eine Reaktion bewirkt und zu gezwungenen Verkäufen, also zu plötzlichen Preisminderungen, führt. Gegen diese mit dem Mißbrauche verbundene nicht zu leugnende Gefahr bestehen aber Gegengewichte in der Begrenztheit des vorhandenen Vorschuß-Kapitals, in dem Umstande, daß man nicht kauft, lediglich weil man ausreichende Mittel dazu hat, sondern nur solange man Aussicht auf Gewinn hat, und in der Begrenztheit der zu diesem Zweck verfügbaren Waaren.

Uebrigens ist, wie bei so mancher menschlichen Schöpfung, dafür gesorgt, daß auch bei dem Warrantsystem die Bäume nicht in den Himmel wachsen. Es ist von Haus aus nur verwendbar für den Verkehr en gros, an nicht zu weit entfernten Plätzen, wo Entrepôts bestehen, für Waaren, die nicht dem Verderben ausgesetzt sind und zugleich zu den regelmäßig gebrauchten und leicht abzuschätzenden Handelstypen gehören. Von direktem Einfluß ist also das Warrantsystem nur auf einem beschränkten Gebiete, wenn auch

sein indirekter Einfluß in Folge des Zusammenhangs der wirthschaftlichen Erscheinungen weiter reicht.

Wie das Warrantsystem nach rückwärts sich anschließen muß an ein gut eingerichtetes Entrepôtwesen, muß es nach vorwärts Aussicht haben auf Beschaffung des nöthigen Kapitals. Der Schlußstein des Gebäudes ist also eine solche gesetzliche Regelung des Warrantverkehrs, daß die großen finanziellen Institute sich gefahrlos damit befassen können.

Soweit der Gedankengang von Bayerdörffer. Man wird bemerkt haben, daß er keineswegs als Warrantapostel auftritt noch der Meinung ist, als hätten wir in diesem Papier eine panacee gegen alle wirthschaftlichen Uebel entdeckt, sondern sich auch von den Schattenseiten volle Rechenschaft giebt.

Man beachte aber wohl: Die Schattenseiten haben mit dem Ein- oder mit dem Doppelschein-Systeme nichts zu thun. Sie kommen bei beiden ebensoviel oder ebensowenig in Frage. Durch bloße, mehrfach wiederholte Verpfändung der einfachen Scheine (ontvangceel) kann man ebenso gut ungesunde Spekulation, Ueberproduktion und Preisschwankungen bewirken, wie man mit dem Doppelscheine nur soliden Handel treiben kann.

Um dies nachzuweisen, entlehne ich ein Beispiel dem Buche von Sauzeau, welcher erklärt, es gesehen zu haben:[38])

Segnius irritant animos demissa per aurem,
Quam quae sunt oculis subjecta fidelibus.

„Ein Kaufmann hat 100 000 Frcs. zu seiner Verfügung. Er kauft für diesen Betrag eine Quantität inländischen Zucker, welche er den Docks zu Paris in Verwahrung giebt. Er läßt sich einen Warrant geben. Da es sich um einen Artikel handelt, der weder dem Verderben noch großen Preisschwankungen sehr ausgesetzt ist, so zieht man nur 20 Proz. als Sicherheit gegen Werthverminderung und Havarie ab. Man giebt also 80 000 Frcs. —

Am gleichen Tage kauft der Händler sich einen weiteren Vorrath Zucker für diese 80 000 Frcs. Neue Discontirung des Warrant, auf welchen 64 000 Frcs. gegeben werden. Neue Operation, weiterer

---

38) S. 199.

Warrant, welcher mit 51 000 Frcs. bewerthet wird, und so weiter bis auf einen Rest von 4 000 Frcs. womit man aufhört.

Auf diese Weise war der Kaufmann mit nur 100 000 Frcs. nach wenigen Tagen in den Besitz von ihm gehörendem Zucker in einem Betrage von 465 000 Frcs. gekommen, welcher Zucker auf den Docks lagerte und ganz mit baarem Gelde den Producenten bezahlt worden war.

Die Auflösung der Operation war folgende. Der Zucker war gekauft zu 34 Frcs. per 100 Kilo. In 3 Monaten war er an Raffinateure für 38 Frcs. verkauft. Dies gab in runder Summe einen Gewinn von 12 Proz.: in Summa 38 750 Frcs. Nach Abzug des Diskonts für 3 Monate von 5 Proz. auf 465 000 Frcs. hat man:

| | | |
|---|---|---|
| Bruttoerlös . . . . | $38\,750_{,00}$ | Frcs. |
| Diskont . . . . . . | $5\,812_{,50}$ | " |
| Nettogewinn . . . | $32\,937_{,50}$ | Frcs." |

Hätte in diesem Beispiel der Kaufmann Unglück angerichtet, der Doppelschein, dessen er sich bediente, wäre daran völlig unschuldig. Da nun auch bei uns kein Mensch die ontvangceel (Lagerscheine) deshalb würde entbehren wollen, weil sie zu spekulativen Zwecken gemißbraucht werden könnten, so kann mit dieser Begründung ebensowenig der Doppelschein getroffen werden.

Ich bemerke dies, weil bereits vor Bayerdörffer die hier angedeuteten Schattenseiten, welche jedem Warrant-System eigenthümlich sind, meiner Ansicht nach nicht mit genügender wirthschaftlicher Unparteilichkeit hervorgehoben worden sind.

In einem Gutachten der Handelskammer von Zittau vom 16. März 1873, welches Karl Roscher verfaßt hat, sprach man sich gegen die gesetzliche Regelung aus. Bei aufmerksamem Lesen ist es aber klar, daß die Kammer nur zwei Bedenken gegen die Wirkung des Systems aufstellt.

Das erste Bedenken richtet sich dagegen, daß die Lagerscheine dem Waarenumsatze dienstbar gemacht werden. Das zweite erhebt Einspruch gegen die Benutzung des Lagerpfandscheins für sachlichen Kredit. Beide vereinigt machen also den Eindruck, als träfen sie das Doppelschein-System. Doch ist dies nur scheinbar, und es ist die Absicht der Handelskammer gegen jeden Verkehr mit

Warrants (Einschein und Doppelschein) aufzutreten. Dies wird sofort klar, wenn wir uns die Bedenken näher ansehen.

In erster Linie hält die Handelskammer nur solche Veräußerungen einer Waare für wirthschaftlich richtig, durch welche die Waare dem zukünftigen Bearbeiter oder Konsumenten näher gebracht wird. Der Zwischenhandel ist Agiotage, durch welche sehr leicht eine Preiserhöhung entstehen kann, welche die Wirkung der niedrigeren Produktionskosten abschwächt. Zur Unterstützung dieses Satzes beruft sich die Handelskammer auf Jean Baptiste Say, dessen Worte sie angeblich zitirt. Dies thut sie in der That,[39]) aber sie läßt wohl zufällig gerade den Punkt aus, auf den es ankommt. Say sagt:

„Si, dans une même ville, on achetait et vendait plusieurs fois, une année durant, la même marchandise, sans lui donner une nouvelle façon, cette circulation serait funeste au lieu d'être avantageuse, et augmenterait les frais au lieu de les épargner. On ne peut acheter et revendre sans y employer un capital; et l'on ne peut employer un capital sans qu'il en coûte un intérêt, indépendamment du déchet que peut subir la marchandise.

C'est ainsi que l'agiotage sur les marchandises cause nécessairement une perte, soit à l'agioteur, si l'agiotage ne fait pas renchérir la denrée, soit au consommateur, s'il la fait renchérir."[40])

In einer sich unmittelbar daran anschließenden Anmerkung setzt aber Say hinzu: „Le commerce de spéculation est quelque fois utile en retirant de la circulation une marchandise, lorsque son prix trop bas décourage le producteur, pour la remettre dans la circulation, lorsque sa rareté en éléverait trop le prix aux dépens du consommateur."

Diese letztere Anmerkung zitirt die Handelskammer nicht, denn sie wirft ihre ganze Lehre über den Haufen, und zwar aus zwei Gründen:

1. Wird die „Mobilisirung der Waare" dem Prämien- oder

---

[39]) S. 481.

[40]) S. 146.

Windhandel dienstbar gemacht, so wird sie Niemand in Schutz nehmen. Das Warrantsystem (Einschein- oder Doppelscheinsystem) kann aber, wie Say selbst lehrt, das Mittel zu einer allerdings rechtlich ungerechtfertigten Spekulation sein. Wollte man für eine mögliche Agiotage das System (Einschein- oder Doppelscheinsystem) selbst verantwortlich machen, so würde man ebenso gut oder noch viel eher die Börsen schließen lassen können, weil dort täglich, im Hinblick auf Preisdifferenzen, Millionen gehandelt werden, ohne daß Jemand an die wirkliche Lieferung oder wirkliche Annahme denkt.[41])

2. Nichts steht im Wege, daß unter der Herrschaft des Einscheinsystems, durch Veräußerung der ontvangceel der von Say verbotene Weg gegangen wird, woraus folgt, daß das Doppelscheinsystem diese Eventualität weder verstärken noch vermindern kann.

In der That, der landesväterlichen Fürsorge, welche die Handelskammer offenbart, ist der Handel schon lange entwachsen. Schwindler, welche spielen wollen, finden hierzu, mit und ohne Warrants, bei dem Einschein- und bei dem Doppelscheinsysteme, genügende Gelegenheit. Der belgische Referent, de Boë,[42]) sagte sehr richtig:

„Pour éviter un mal passager et hypothétique dont le monde financier, commercial et industriel ne se trouve atteint qu'à des longues intervalles, est ce une raison de maintenir des entraves à des opérations régulières, utiles au développement de la richesse nationale?“

Und ebenso verständig fügt Bayerdörffer hinzu:[43]) „Betreffs der Verhütung eines Mißbrauchs läßt sich von außen her nichts thun; hier muß der Verkehr selbst dafür sorgen, daß ihm die Folgen einer derartigen Handlungsweise erspart bleiben.“

In zweiter Linie fürchtet die Handelskammer die Schwächung des persönlichen Kredits, welcher gestärkt zu werden verdiente: „Mit bloßem Realkredit würde das mittellose Talent von selbstständigen Unternehmungen entweder überhaupt ausgeschlossen oder mindestens solange darin behindert sein, bis es ihm gelungen wäre, durch Assoziation mit Besitzern realer Werthe sich zu deren Gleichen auf-

---

[41]) Daß ich hiermit die Spekulationswuth nicht in Schutz nehmen will, wird von selbst klar sein.

[42]) Bei Heine, S. 648.

[43]) S. 48.

zuschwingen. Alle besonders strebsamen Kulturvölker haben daher nicht nur, weil die herrschende Rechtssicherheit größere Garantien überflüssig macht, sondern vorzugsweise wegen der hohen Bedeutung des Arbeitsfaktors in einer entwickelten Volkswirthschaft und wegen der geringeren Beweglichkeit des Realkredits den persönlichen Kredit in Wechseln und anderen Formen in den Vordergrund gestellt."

Man sieht, hier ist das Echo der von Herrn Pierson gemachten und oben[44]) widerlegten Bemerkungen. Die Handelskammer ist aber konsequenter als dieser verehrte Schriftsteller. Da sie eine Gegnerin eines jeden Warrantsystems (Einschein- oder Doppelschein-systems) ist, nimmt sie den persönlichen Kredit in Schutz. Herr Pierson thut ebenso, vertritt aber in einem Athem die Einräumung des dinglichen Kredits an den Deponenten-Verpfänder. Meine Antwort an beide Adressen ist gleichlautend. Niemand denkt daran, dem persönlichen Kredite Schlingen zu legen, und Jeder ist überzeugt, daß dieser Kredit die Grundlage nicht allein des Handels, sondern des großen Gesellschaftsverkehrs ist. Sollte aber nicht, wenn nöthig, der sachliche Kredit neben den persönlichen gestellt werden? Man wird zugeben, daß dies kein unerhörtes Verlangen wäre.

Anschauungen, die mit der ruhigen und versöhnlichen Auffassung Bayerdörffers verwandt sind, kann man noch bei mehreren Schriftstellern finden, die sich mit unserem Gegenstande beschäftigt haben. Ich nenne Heine, der seinen Aufsatz mit den Worten schließt:

„Die Konkurrenz, diese mächtige Triebfeder in der Lebensthätigkeit des Handels, wird die vielen Bedenken bald verscheuchen, welche die Einführung der Warrants noch zu überwinden hat; sie wird mit gebieterischer Nothwendigkeit die kaufmännische Welt zwingen, von einem Institute Gebrauch zu machen, das ihr die Benutzung fremder Kapitalien ermöglicht. Es hieße Eulen nach Athen tragen, wollte hier erst hervorgehoben werden, wie sehr diese Fähigkeit, über fremdes Kapital verfügen zu können, vortheilhaft für den Industriellen, wie für den Kaufmann ist."[45])

---

[44]) S. 281.

[45]) S. 649.

In gleichem Sinne schreibt Ebermann und der berühmte österreichische Nationalökonom, der Verfasser der „Uebersichten der Weltwirthschaft", F. X. Neumann-Spallart. Wetteifernd verlangen beide, daß die Beschränkungen des österreichischen Einschein-Systems aus dem Wege geräumt werden. Ebenso hat die Schrift von Leonhardt den ausgesprochenen Zweck, nachzuweisen, inwieweit der Warrant, dessen Werth als Kreditpapier nach ihm unbestritten ist, auch als Bankpapier zugelassen werden könne. Er sagt:[46])

„Die bisherigen Ausführungen zeigen, daß der Warrant, seinem Ursprunge nach eigentlich nur ein Waarenumsatzpapier, alsbald in einer zweiten Eigenschaft als Kreditpapier auftritt und als solches die Tendenz hat, sich zum Bankpapiere, nämlich zu einem Papiere zu entwickeln, daß als Kreditwerber an die Pforten der Notenbanken pocht und daselbst gleich dem Wechsel Aufnahme heischt."

Und nicht nur bei Meinungsäußerungen ist es geblieben. Seit Hecht seine Arbeit schrieb, haben Mecklenburg und Rußland ihr Warrantsystem festgestellt. In Deutschland beginnt die gesetzliche Regelung des Warrantsystems immer mehr praktische Form anzunehmen. Die Mannheimer Handelskammer hat die Leitung der Bewegung übernommen, indem sie in unzweideutiger Weise auf ein Warrantgesetz drang und als Grundlage des Gedankenaustauschs einen Gesetzentwurf formulirte.

Endlich hat die Reichsregierung im deutschen Reichstag am 14. März 1887 erklärt, daß die Idee der gesetzlichen Regelung ihre volle Sympathie habe.[47])

Aus Alledem kann, wie mir scheint, abgeleitet werden, daß nach der Meinung von Sachverständigen der zweckmäßig geregelte Warrantverkehr eine größere wirthschaftliche Bedeutung hat, als man nach der Schilderung des Herrn Pierson glauben sollte.

---

[46]) S. 11.

[47]) Koch S. 15.

---

## IV.

## Der französisch-belgische Warrant.

Das französische Warrantsystem datirt aus der Handelskrisis, welche im Jahre 1848 mit dem Ausbruche der Februar-Revolution ihren Höhepunkt erreichte. Da das Kapital, unter dem Einfluß einer durch den Fall einer großen Zahl von Bankhäusern verursachten Panik, sich versteckt hielt, intervenirte die am 25. Februar eingesetzte provisorische Regierung. Von ihren drei bekanntesten Schöpfungen: dem Arbeiterparlament, den ateliers nationaux und der Errichtung der magasins généraux hat allein die letztere Schöpfung Wurzel geschlagen. Die Lagerhäuser sollten ermächtigt sein zur Ausstellung von indossablen Urkunden (récépissés), durch welche das Eigenthum der niedergelegten Waaren übertragen werden sollte. Aber nicht mit einem Wurfe wurde das Ziel erreicht. Das Gesetz vom 21. März 1848 wie das sich daran anschließende arrêté des Finanzministers, dessen Ressort die neuen Einrichtungen unterliegen sollten, blieben Versuche, die eine gerechte Kritik des Handels veranlaßten und herausforderten.

Diese Beschwerden führt Simonson, welcher auch das französische Warrantrecht speziell erforscht hat, auf sechs Punkte zurück:

1. Das Gesetz kannte nur eine Urkunde, das récépissé; gestattete also auch nur eine Rechtshandlung: Eigenthumsübertragung oder Verpfändung. Damit war nicht nur ein ökonomischer, sondern auch ein faktischer Fehler begangen. Das Gesetz von 1848 konnte natürlich nicht den Waarenumsatz befehlen, aber es versuchte doch ihn zu befördern, indem es den Waarenkredit lebendiger machte. Es richtete also sein Hauptaugenmerk auf Begünstigung dieses letzteren, wodurch immerhin das ja schon im Handel bestehende Vorurtheil gegen Güterbeleihung verstärkt wurde.

Einen Beitrag zu diesem Vorurtheil und zugleich zu der Thatsache, wie die Welt durch Phrasen regiert wird (man denke an den Ausspruch von Montaigne: la plupart des controverses sont des tournois de grammairiens) giebt Ella: Die englische Ostindische Kompagnie mußte für Waaren, worauf Vorschuß gegeben war, das gewöhnliche Wort: „pawned“ (to pawn = in Pfand geben) ver-

meiden, und das Vorwort (!): „hypothecated“ annehmen.[48]) Es ist dies ein Fingerzeig für unsere Gesetzgeber, den Doppelschein, wenn es ja so weit kommt, ja nicht „Pfandschein“, sondern „Warrant“ zu nennen. Das klingt auch sachlicher. Wer hierüber lächeln möchte, bedenke, daß man unter dem Gesetze von 1848 die magasins généraux als Pfandleihanstalten (monts-de-piété) bezeichnete.[49])

2. Das Gesetz schrieb vor, daß jedes Indossament in den Registern des Lagerhauses eingetragen werden mußte. Man beabsichtigte damit den in Art. 2074 des Code civil vorgeschriebenen Formalitäten (date certaine) nachzukommen und Weiterungen aus dem Wege zu gehen. Man hatte aber nicht mit der ersten Sorge des Kaufmanns gerechnet, seine Geschäfte dem Blick eines Konkurrenten zu entziehen.

3. Um den Verkaufswerth der Waare festzustellen, hatte das Gesetz eine Expertise vorgeschrieben. Darin sah der Handel wieder eine Verletzung des Gesetzes der Geheimhaltung zu Gunsten der Sachverständigen, die gerade meist Konkurrenten sein werden.

4. Das Gesetz hatte freigestellt, bei zwangsweiser Ausführung des Pfandvertrags sich entweder an die Person oder an die Waare zu halten. Diese Befugniß des Gläubigers zerstörte in den Augen des Handels die ganze Existenzberechtigung des Gesetzes. Sein Ziel hätte sein müssen, den persönlichen dem sachlichen Kredit unterzuordnen.

5. Die schnelle Versilberung der Waare hatte das Gesetz um deswillen nicht befördert, weil es den Zwangsverkauf von einer vorausgegangenen gerichtlichen Gestattung abhängig machte. Der Handel sah darin einen zwecklosen und zeitraubenden Aufenthalt.

---

[48]) S. 17.

[49]) Sauzeau, S. 95. „Rien de plus tenace et de plus persistant que les préjugés, quand surtout ils sont entretenus par la législation elle même. Le régime des docks est toujours sous le coup du préjugé, qui l'assimile plus ou moins au mont-de-piété. Le préjugé, il faut le reconnaitre, est en voie de décroissance et a beaucoup perdu de son intensité; les moeurs commerciales s'enhardissent à passer par dessus; mais la législation contribue à le maintenir et à le faire durer plus longtemps qu'il n'eût, si la loi ne lui eût pas fourni un point d'appui et les moyens de se tenir encore debout“.

6. Die Zollverwaltung machte, gestützt auf gesetzliche Bestimmungen zu Gunsten des Fiskus, ein allgemeines Vorrecht vor allen Gläubigern des Deponenten geltend, bevor die deponirte Waare ausgeliefert werden konnte.

Der Handel war der Ansicht, daß dies allgemeine Privileg beschränkt werden müsse auf die auf der Waare ruhenden Kosten und Lasten.

Diesen Beschwerden trug das jetzt noch bestehende Gesetz vom 28. Mai 1858 sur les négociations concernant les marchandises déposées dans les magasins généraux Rechnung, welches das Vorbild für die gesetzliche Regelung dieser Materie auf dem ganzen Kontinente geworden ist. Zur Ergänzung diente das Gesetz von demselben Tage sur les ventes publiques de marchandises und das Ausführungsdekret vom 12. März 1859.

In Belgien hatte das ursprüngliche Gesetz vom 26. Mai 1848 ähnliche Angriffe seitens des Handels zu erdulden wie im Nachbarlande. Das jetzt gültige Gesetz vom 18. November 1862 stellte auch in Belgien das Warrantsystem auf neuer Grundlage fest. Wir wollen, ohne uns in Einzelheiten zu verlieren, die hauptsächlichsten zivilrechtlichen Grundsätze dieser beiden Gesetze, welche Ebermann mit großer Genauigkeit angiebt, erörtern.

## Doppelschein-System.

Beide Gesetzgebungen haben den Doppelschein eingeführt für den Fall, daß der Deponent zur Eigenthumsübertragung und zur Beleihung in den Stand gesetzt sein will. Er empfängt dann ein récépissé (welches in Belgien cédule genannt wird) und einen Warrant. Diesen letzteren in Belgien nur dann, wenn er (Art. 1 § 1) beweist, daß ihm die freie Verfügung über die Waare zusteht. Dies ist nöthig, weil das Gesetz das Blankoindossament zuläßt. Form und Inhalt der gleichlautenden Urkunden sind vom Gesetze nicht oder doch nur ganz im Allgemeinen vorgeschrieben, da sie in Folge des Handelsgebrauchs feststehen. Die Klippe, die man hier zu umgehen wünscht, ist die allzustrenge Haftung des Lagerhausinhabers. Sie kann leicht dahin ausgedehnt werden, daß man ihn verantwortlich macht für die Identität der Waare, während er doch

nur über die Anzahl, das Gewicht und die äußere[f]) Beschaffenheit urtheilen kann. Das aus Italien nach Westen gekommene: che dice essere des Schiffers auf dem Konossement hat ähnlichen Grund und Hintergrund.

## Indossament.

Beide Urkunden sind indossabel mit verschiedenen Rechtsfolgen. Werden Warrant und récépissé an dieselbe Person indossirt, so erlangt dieselbe hiermit das Verfügungsrecht über die Waare (le droit de disposer). Per se bewirkt das Indossament des récépissé Eigenthumsübergang nicht. So entschied der cour d'Appel de Bordeaux in Uebereinstimmung mit feststehender Jurisprudenz durch eine (nach meinem Wissen letzte) Entscheidung vom 12. März 1886, welche in jure folgendermaßen lautet:[50])

„Attendu, en droit, qu'aux termes de l'art 4 de la loi du 28 Mai 1858 l'endossement du récépissé de warrant transmet au cessionnaire le droit de disposer de la marchandise du cédant.

Attendu que ce droit de disposition permet sans doute au cessionaire de transférer valablement à des tiers la marchandise warrantée, mais ne constitue pas toujours entre ce cessionnaire et son cédant une transmission de propriété; qu'ainsi l'endossement du récépissé peut former entre ces deux derniers l'exécution de contrats divers, non seulement d'une vente directe, mais aussi d'un mandat pour vendre ou pour retirer seulement la marchandise; d'où il suit que cet endossement équivaut parfois à un simple ordre de livraison.

Attendu que, dans le cas où l'endossement du récépissé ne mentionne pas de cause précise, on doit, pour apprécier sa nature et sa portée entre le cédant et le cessionnaire, se référer aux modes de preuve admis en matière commerciale, et notamment aux livres, à la correspondance, et même aux diverses

---

f) Bei Levy steht in Folge eines Druckfehlers: innere (innerlijke) Beschaffenheit.

50) S. Revue internationale du droit maritime par F. C. Autran. II. Jahrgang. (1886—1887) S. 292. Am Fuße dieser Entscheidung (S. 294) wird die Rechtsprechung und die Literatur nachgewiesen.

présomptions qui établiraient que la contrevaleur de la marchandise avait été fournie au cédant.

Attendu que le jugement attaqué a donc eu tort de poser en principe absolu que la possession par la même personne du warrant et du récépissé de warrant la constitue toujours propriétaire de la marchandise.

Mais attendu, en fait“ enz.

Der Besitz von Warrant und cédule verleiht nach belgischem Rechte nur dann Verfügungsrecht, wenn der Warrant eine Auslieferungsanweisung des ersten Unterzeichners des cédule enthält. Dieser konnte nämlich die Waare auf Kredit verkaufen und den Warrant, den er zu seiner eigenen Sicherheit für den Kaufpreis behalten hatte, gegen geringeren Vorschuß aus Händen gegeben haben. Der Inhaber der cédule würde dann, wenn er den Warrant einlöste, den Verkäufer um jene Differenz (zwischen Kaufpreis und Vorschuß) bringen können, deshalb die Auslieferungsanweisung.

Nun ist diese Thüre geschlossen, aber eine andere öffnet sich. Der Warrant ist (auch in Belgien) ein selbständiges Auslieferungsversprechen des Lagerhausinhabers. Die Auslieferungsanweisung des Verkäufers ist Mandat. Ein selbständiges Versprechen, welches zugleich von einem Mandat abhängt, gleicht weißer Farbe, die schwarz ist und doch weiß bleibt. Also ein juristisches Kuriosum. Es freut mich, daß ich die belgische Bestimmung (Art. 3 § 2, Art. 4 § 2) weder zu vertheidigen noch zu konstruiren habe.

Der indossirte Warrant begründet Pfandrecht, das indossirte récépissé Verfügungsrecht; das Indossament des récépissé allein oder mit dem Warrant zusammen muß datirt sein, damit man den Zeitpunkt der Uebertragung kennt. Das Indossament des Warrant allein verlangt Datirung, Angabe des Betrags des Vorschusses und der Zinsen sowie des Verfalltags, und den Namen des Gläubigers. Das belgische Gesetz läßt Blankoindossamente zu, wenn nur Vorschuß und Verfallzeit angegeben sind. Ist dies nicht geschehen, so ist der ganze Werth der Waare dem dritten Inhaber des Warrant verpfändet.

Das französische erste Warrantindossament muß seinem ganzen Inhalte nach in dem Register des Lagerhauses abgeschrieben

werden. Das belgische Gesetz verlangt die Eintragung nicht, wohl aber die Angabe des Vorschusses auf Warrant und cédule, so daß der Käufer sehen kann, daß ein claim auf der Waare lastet. Das französische System wird begründet mit der Nothwendigkeit einer date certaine für Pfandbestellung. Letztere, nahm man an, sei bei der ersten Beleihung, welche das Pfandrecht ins Leben ruft, vorhanden. Die spätere Diskontirung des Warrant begründe nicht ein neues Pfandrecht. Hauptsächlich aber wurde das französische System motivirt mit der Rücksicht auf die Bedürfnisse des Verkehrs. Warrant und récépissé zirkuliren gesondert von einander, so daß der Käufer, was den Vorschuß betrifft, entweder sich mit der Erklärung des Verkäufers begnügen muß oder eine Gelegenheit haben muß, sich persönlich zu vergewissern.

Ob das récépissé in Frankreich (wie die cédule in Belgien) in blanco indossirt werden kann, sagt das Gesetz nicht. Es verbietet es also auch nicht. Letztere Erwägung läßt mich mit Simonson[51]) entscheiden, daß das Gesetz die Blankoindossirung für erlaubt erachtet, wenn nur die Voraussetzungen für das Warrantindossament sorgfältig gewahrt sind. Den bloßen Besitz der Papiere dagegen ohne Indossament hat die cour de cassation durch Entscheidung vom 11. Juli 1876 für werthlos erklärt. Begründung: Es ist damit weder den Erfordernissen der (neuen) Artikel 91 und 92 des code de commerce, noch denen des Warrantgesetzes genügt.[52])

Wie aber, wenn der Warrant allerdings verpfändet, aber die erste Beleihung nicht im Register eingetragen ist? Die Frage entsteht deshalb, weil das Warrantgesetz (1858) früher als das (soeben erwähnte neue) Gesetz ist, welches das kaufmännische Pfandrecht regelt (23. Mai 1863) und hierfür das Erforderniß der date certaine aufhebt. Gleich unserem Artikel 1198 des Bürgerlichen Gesetzbuchs lautet der Artikel 91 des code de comm.:

„Le gage, à l'égard des valeurs négociables, peut aussi être établi par un endossement régulier, indiquant que les valeurs ont été remises en garantie.“

---

[51]) Zeitschr. S. 227.

[52]) Zeitschr. S. 226.

Der Kassationshof in Paris entschied, daß solchenfalls das Pfandrecht nicht zu Stande komme. Begründung: Einer lex specialis wird durch eine lex generalis nicht derogirt.

Mithin ließ der Kassationshof den Gläubiger eines Deponenten, der nach dem Indossament des Warrant, aber vor der Ueberschreibung desselben in den Registern des Lagerhauses, Arrest gelegt hatte, dem Geldgeber vorgehen. Die Jurisprudenz stimmt damit überein.[53])

Ist aber in der That diese Ueberschreibung nöthig im Hinblick auf die Bedürfnisse des Verkehrs? Mir scheint, dies ist mehr als unzweifelhaft. Allerdings muß der Käufer wissen, daß auf der Waare ein Pfandrecht ruht. Dies weiß er, wenn das Lagerhaus Warrant und récépissé so ausgiebt, daß sie getrennt und vereinigt bleiben können. Empfängt der Käufer das récépissé, dann sieht er, daß die Waare verpfändet ist. Es bleibt also noch übrig, daß er wissen muß, für welchen Betrag und wie lange. Dazu ist genügend, daß der schon bestehende Handelsgebrauch, wonach das récépissé Betrag und Verfallzeit der Schuld angeben muß, gesetzliche Sanktion erhält.

## Zahlung vor Verfall.

Grundprinzip ist bei uns (nicht so in Frankreich Art. 1247 Cod. civ.): Jede Schuld ist Bringschuld und nicht Holschuld. (So Art. 1429 des bürgerl. und so auch Art. 325 des A. D. H.-G.-B.[g])) Natürlich bilden indossable oder Inhaberpapiere eine Ausnahme von dieser Regel. Letztere sind Holschulden (vom Wohnsitze des Schuldners: Art. 180 des Niederländischen Handelsgesetzbuchs.[54]))

---

[53]) S. die Anm. am Fuße der Entsch. des Appell.-Ger. von Bordeaux in der Revue Internationale de droit maritime, oben S. 301 Anm. 50.

[g]) Art. 325 des A. D. H.-G.-B. bezieht sich nicht auf „jede Schuld", sondern nur auf Geldzahlungen, und auch auf letztere nur mit Ausnahme der Auszahlung von indossablen oder auf Inhaber lautenden Papieren.

[54]) Hinsichtlich der Anwendung dieser Regel trotz Konkurs des Schuldners und einem am Wohnsitze des Konkurs-Kurators erfolgtem Proteste vgl. ein im Gegensatz zu den Anträgen der Staatsanwaltschaft (Rechtswochenbl. Nr. 5714) ergangenes Urtheil des hohen Raths vom 29. März 1889 (Rechtswochenbl. Nr. 5700).

Grundsatz ist ferner, daß jeder Termin als zu Gunsten des Schuldners festgesetzt angenommen wird (Art. 1306 des bürgerl. Gesetzb.; Art. 1187 des Cod. civ.). Natürlich bezieht sich dies nicht auf Wechsel und Promessen, die im Umlaufe sein können (Art. 159 des H. G. B.; Art. 146 Code de comm.).

Das Bedürfniß des Warrantverkehrs bringt es nun mit sich, die Schuld zur Bringschuld zu machen und zwar zu jedem Zeitpunkte, welcher dem Pfandschuldner paßt. Dieser kann daran das höchste Interesse haben, wenn die Konjunktur günstig ist, die Waare Anzeichen von Verderb zeigt u. s. w. Er hat also ein gesetzlich geregeltes jus offerendi des Kapitals nebst Zinsen. Ist der Inhaber des Warrant unbekannt, so tritt die Hinterlegung bei dem Lagerhaus an die Stelle der Zahlung. Diese ist Hinterlegungsstelle, weil die eigentliche Deponirung zu viel Formalitäten erfordern würde.

Auch hier aber ist der Tarpejische Felsen direkt neben dem Kapitol. Das Lagerhaus in seiner Eigenschaft als Banquier macht allerlei beschränkende Bestimmnngen zur Sicherung der Solidität des Entrepôtwesens, in erster Linie Staatsaufsicht nöthig. In Frankreich sieht man darin nichts Schlimmes. Das Ergänzungsgesetz vom 31. August 1870 gesteht dem Lagerhause (den magasins généraux) das Beleihungsrecht zu, verlangt aber die administrative Konzession für die Errichtung.

Sauseau jubelt über dieses Recht:

„Avant la loi du 31. Août 1870, le bon vouloir des exploitants de magasins généraux était subordonné à celui du monde financier.“ [55])

Er vergißt, daß die Beleiher den Preis für dieses faktische Monopol in einem höheren Zinsfuße zahlen. Man könnte diese Befugniß beibehalten, aber in dem oben angenommenen Fall die Hinterlegung bei einer Zentralbank vorschreiben, wie Simonson vorschlägt. [56])

Der Möglichkeit selbst aber, daß der Inhaber des Warrant unbekannt ist, kann das Gesetz in der Weise vorbeugen, daß es, wie

---

[55]) S. 130.

[56]) Zeitschr. S. 235.

dies in Belgien geschehen ist, bestimmt, daß die Indossanten[h]) eines Warrant bei Meidung des Schadenersatzes ihr Indossament zur Kenntniß des ersten Unterzeichners bringen müssen.[i])

## Zahlung bei Verfall.

Am Verfalltage des Warrant muß der Inhaber des récépissé den Warrant bezahlen. Thut er dies nicht, so geht die Exekution des Warrant-Inhabers zuerst in die Waare. Der Verzug wird durch einen Protest konstatirt. Dies ist die Konsequenz des Prinzips des Art. 1247 Code civil, wonach jede Schuld Holschuld ist. Sie fällt also weg, wenn sie Bringschuld ist. Acht Tage nach diesem Protest erfolgt die Exekution ohne gerichtliche Intervention.

Dieser letztere Punkt ist im belgischen Gesetze viel unzweckmäßiger geregelt. Es verlangt richterliche Erlaubniß, gegen welche es Appellation giebt u. s. w. Dies hatte zur Folge, daß die banque nationale in Brüssel den Warrant nur zum Ersatz der dritten Unterschrift auf dem Wechsel nahm. Sie erklärt nach Leonhardt:[57]) „Die richterliche Intervention bringt Kosten und Zeitverlust mit sich; ihr Nachtheil wird noch durch das Appellationsrecht gesteigert. Denn giebt man auch zu, daß die Appellation meist ohne Erfolg sein werde, und daß nicht bloß Chikane das Motiv zu deren Einlegung ist, so wird es doch stets im Interesse des Betheiligten liegen, dadurch Zeit zu gewinnen.“

Ebenso landesväterlich regelt das belgische Gesetz einen anderen Punkt: die Verfallzeit der cédule. Sie will, daß der dritte Besitzer der cédule, also der dritte Käufer, den Kaufpreis am Verfalltage zahle oder hinterlege. Sonst verliert er alles Recht auf die Waare und die Anzahlung (deposit), ist aber dann auch dem Verkäufer nichts mehr schuldig. Diese Vorschrift soll den Spekulationseifer zurückhalten. Ob man aber damit diesen Zweck erreicht?

---

h) Das Gesetz sagt: le tiers porteur (belg. Ges. Art. 10 §. 1).

i) Richtiger wäre wohl: zur Kenntniß des Lagerhauses (Simonson, Zeitschr. S. 236).

57) S. 85—86.

Der Erlös der Waare nach Abzug von Steuern und Kosten (wohlverstanden: der speziellen auf der Waare lastenden, nicht der im Allgemeinen geschuldeten) wird von dem Steigerer dem Warrantinhaber, welcher vor anderen Gläubigern den Vorzug hat, ausbezahlt. Einen etwaigen Ueberschuß erhält der Inhaber des récépissé oder für ihn, wenn er unbekannt ist, das Lagerhaus. Der Inhaber der belgischen cédule hat nur dann Anspruch auf diesen surplus, wenn der ursprüngliche Pfandschuldner (Verkäufer) nicht nachweist, daß sein Käufer die Zahlung des Kaufpreises am Verfalltage nicht geleistet habe.

## Regreß.

Eine Hauptfrage im Warrantrecht ist die nach der Zulassung oder Verweigerung des Regresses.

Die Sachlage ist folgende. Sie scheint verwickelter, als sie ist.

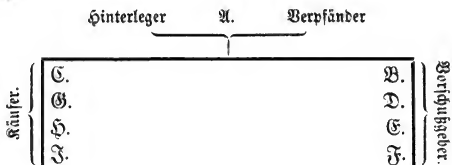
A., Hinterleger der Waare, verpfändet sie dem B. und verkauft sie dem C.

Der Warrant des B. kommt durch Indossamente hinterher in die Hände des D. E. F.

Das récépissé des C. wird ebenso hinterher an G. H. J. übertragen.

Am Verfalltag exekutirt F., jedoch entsteht ein Ausfall. Quid juris? Muß sich F. hinsichtlich dieses Ausfalls ausschließlich an A. halten? oder auch nach seiner Wahl an B. D. oder E. — oder soll er auch vielleicht gegen C. G. H. und J. vorgehen können?

Die beiden letzten Möglichkeiten ergeben den Springregreß. Zur Verdeutlichung nachstehende Figur:



Bayerdörffer[58]) lehnt den Springregreß ab. Folgendes sind in der Hauptsache seine Gründe:

Nach allgemeinen Grundsätzen verpflichtet die Uebertragung einer Forderung den Verkäufer, dem Käufer einzustehen de veritate, nicht de bonitate dieser Forderung (vgl. Art. 1570, 1571 des Bürgerlichen Gesetzbuchs). Eine Ausnahme von dieser Regel bildet das Wechselindossament. Jeder Indossant haftet nicht nur für die Existenz, sondern auch für die Güte der Wechselforderung, und dies nicht nur gegenüber seinen Kontrahenten, sondern auch gegenüber allen späteren (vgl. Art. 186 des Niederländischen Handelsgesetzbuchs).

Dieser Wechselregreß ist nöthig, weil der Inhaber des Wechsels nicht nachforschen kann, auf welchem Grund (ex qua causa) das Schuldverhältniß zwischen Trassat und Trassant beruht, und auch weder die Solvenz des Ersteren noch dessen Willen, zu zahlen, kennt. Im Interesse des Wechselverkehrs, der zwischen so weit von einander entfernten Plätzen stattfindet, mußte die Garantie aller Indossanten gegenüber dem Inhaber geschaffen werden.

Anders steht es aber mit dem Warrant. Hier wird nicht, wie bei dem Wechsel, ein Forderungsrecht auf den Bezogenen seitens des Indossanten übertragen. Was übertragen wird, ist das Pfandrecht. Darin ist natürlich ein mutuum verborgen, aber es ist eben auch verborgen. Es ist subsidiär, nebensächlich. Es würde den Parteien nicht einfallen, dieses mutuum zu übertragen. Die wahre Natur der Uebertragung ist, daß B. sein Pfandrecht weiter verpfändet an D., dieser an E., dieser an F. Indossanten aber, die ein Pfandrecht übertragen, müssen natürlich auch für die Existenz dieses Pfandrechts haften, aber auch nicht für mehr. Eine Ausdehnung ihrer Haftung wäre es, wenn man verlangte, daß sie auch für die Güte dieses mutuum garantiren sollten.

Auch ist diese Ausdehnung der Haftung nicht, wie bei dem Wechsel, unentbehrlich für den Warrant. Die Art der Forderung (Pfandrecht) ist von selbst klar. Ueber die Güte des ursprünglichen Pfandschuldners wird man nicht im Ungewissen sein. Denn selten

---

[58]) S. 29—35.

entfernt sich der Warrant weit von dem Platze, wo er ausgegeben ist.

Dagegen kann die Ausdehnung der Haftung der Indossanten nachtheilig wirken. Der Zweck des Springregresses ist, dem exekutirenden Inhaber des Warrant zu gestatten, sich für seinen Ausfall an einem der Indossanten zu erholen. Das Gesetz kann nun wohl Formalitäten und Fristen für Geltendmachung des Springregresses vorschreiben, es kann aber nicht bewirken, daß derjenige, welcher den Zwangsverkauf vornimmt, dies mit der denkbarsten Vorsicht thut. Dabei hat er gar kein Interesse, denn der Springregreß deckt ihn. Seine Vormänner aber nehmen an dem Verkaufe nicht Theil. Sie werden auf diese Weise für fremde Handlungen (bezw. Unterlassungen) verantwortlich gemacht.

Diese ebenso spitze als scharfsinnige Ansicht von Bayerdörffer hat Freunde und Gegner gefunden. Vario Marte pugnatur, je nachdem man den Warrant mit dem Wechsel auf eine Linie stellte oder ihn von dem Wechsel unterscheiden wollte. Nach meiner Ansicht hat Bayerdörffer juristisch und wirthschaftlich Unrecht.

Die juristische Begründung bitte ich noch aufschieben zu dürfen. Man wird diesen Aufschub um so eher gewähren können, als der Schwerpunkt dieser Frage nicht in der juristischen Konstruktion, sondern in dem wirthschaftlichen Zwecke des Warrant liegt. Die entscheidende Frage ist nicht: Was ist der Warrant? Die ratio determinandi ist: Was muß der Warrant werden? Antwortet man hierauf: ein Bankpapier, damit der Warrant einen Weg zu den Portefeuilles der großen Kreditinstitute finde, dann ist der Springregreß nöthig. Dies kann man nicht leugnen, und c'est à prendre ou à laisser. So auch Koch:[59])

„Daß dieser Regreß nicht blos gegen den unmittelbaren Rechtsvorgänger, sondern als springender, nicht an die Reihenfolge der Indossamente gebundener statthaft sei, entspricht der Natur der Skripturobligation und der wirthschaftlichen Bestimmung des Warrant. Wenngleich der Umlauf des Warrant in der Regel den Ausstellungsort nicht überschreiten wird, so ist doch eine gewisse Beweglichkeit auch für ihn Grundbedingung der Einbürgerung. Nur

[59]) S. 20.

mit Hilfe des springenden Regresses aus dem Papier (ohne Zulassung von Einreden aus dem Veräußerungsgeschäft mit einem Dritten) wird der Uebergang aus der Hand des ersten Indossatars an ein Kreditinstitut, etwa an eine Notenbank, ermöglicht.

Der Realkredit wird dadurch mit dem persönlichen Kredit in organischer Weise verbunden. Zu den Gründen, welche auch für den Check die Zulassung des springenden Regresses fordern, treten also hier noch neue, aus der Natur des Warrant, besonders seiner Bestimmung als Kreditpapier, geschöpfte."

Auch mit dieser juristischen Einkleidung kann ich mich nicht einverstanden erklären. Sie argumentirt so, als habe die Verpflichtung aus dem Warrant den Charakter einer Skripturobligation. Dies ist durchaus nichts Gleichgültiges, wenn man die gegnerische Benennung näher spezialisirt.

Nur bei der sogenannten Formalobligation, nicht bei der Skripturobligation[60]), ist der springende Regreß casu quo integrirender Bestandtheil, gerade weil man den Verpflichtungsgrund nicht anzugeben hat und nicht angeben will. Der Typus der Formalobligation ist der Wechsel, welcher ohne Springregreß undenkbar oder unbrauchbar wäre. Der Warrant ist aber höchstens Skripturobligation gleich dem Konossement. Rechtsgrund der Verpflichtung aus den beiden Urkunden ist der Empfang von Waaren zur (Aufbewahrung und) Aushändigung. Da aber gegen die Empfangsurkunden (Warrant oder Konossement) der Gegenbeweis ausgeschlossen ist, so beruht die Verpflichtung lediglich auf der Urkunde und ist damit identisch.[61]) Darin liegt nichts, was den Springregreß nöthig macht oder auch nur darauf verweist. Unrecht hat also Koch, insofern er den Springregreß rückwärts aus dem qua de causa? des Warrant ableitet. Dann müßte er sich auf andere Rechtsgründe stützen, worüber später Näheres.

---

[60]) S. über diesen Unterschied: Goldschmidt, Handbuch S. 685 Anm. 8. „Formal oder abstrakt (indiskret, generell) ist eine Verbindlichkeit nur, falls ein diskreter Verpflichtungsgrund (credendi, solvendi, donandi rc.) nicht zu ihrem Wesen gehört und die Angabe desselben zu ihrer Gültigkeit bezw. Beweisbarkeit nicht erforderlich ist."

[61]) So Goldschmidt, Handbuch S. 686.

Mit Recht aber plaidirt er dafür, insofern er bei dem Warrant vorwärts auf das quem ob finem? die Aufmerksamkeit lenken will. Mit anderen Worten, insofern er den Warrant wirthschaftlich beleuchtet. Hier hat er Leonhardt[62]) zum Bundesgenossen: „Wenn aber auch dem realen Charakter des Warrants entsprechend ein Regreßrecht nur für den Fall der nach stattgefundenem Pfandverkaufe sich ergebenden Insuffizienz des Erlöses einzutreten hätte, und wenn auch das mit Rücksicht auf die Natur des Warrants in Frankreich abgeschaffte unbedingte Regreßrecht für Oesterreich ebenfalls nicht anzustreben wäre, so ist es doch, wenn man den Warrant als Kreditpapier einbürgern will, um so unerläßlicher, daß aus demselben die Solidarhaftung der Indossanten statuirt und ein springendes Regreßrecht eingeräumt werde."

Um zu verstehen, was Leonhardt mit dem unbedingten Regreßrecht meint, erinnere man sich an die Bestimmungen des Gesetzes von 1848, daß der Pfandgläubiger, wenn es zur Exekution kommt, sich nach seiner Wahl entweder an die Person oder an die Waare halten kann.[63])

Wählt er das erstere, so wird natürlich der Springregreß außerordentlich drückend. Diese Wahl aber hat das Gesetz von 1858 in Frankreich abgeschafft und den Springregreß beschränkt auf den Fall, daß der Erlös des Gutes nicht ausreicht, an welches man sich zunächst und zuerst halten muß.

In diesem Umfange wollen Beide, Koch und Leonhardt, mit Recht den Springregreß einführen.

---

V.

## Gesetzgeberische Gesichtspunkte bei uns.

### §. 1. Einleitung.

Ohne überflüssige Weiterungen möchte ich die hier in Betracht kommenden Grundsätze des römischen und deutschen Rechtes nebeneinander stellen:

---

[62]) S. 52.

[63]) oben S. 299.

**Unbewegliche Güter.**

| Römisches Recht. | Deutsches Recht. |
| --- | --- |
| Petitorische Klage gegen Jeden. | Petitorische Klage gegen Jeden. |
| | (Pseudo-Germanisches, in Wahrheit kanonisches Recht): |
| Possessorische Klage (mittelst der Interdikte): nur gegen Denjenigen, welcher selbst den Besitz gestört hatte. | Besitzklage gegen jeden Inhaber. |
| Voraussetzung der Besitzklage: daß der gestörte Besitzer ein Besitzer in eigenem Namen ist, mit Ausnahme des abgeleiteten Besitzes (Pfandgläubiger 2c.), wo der gestörte Besitzer auch Besitzer in fremdem Namen sein kann. | Beginn dieser Rechtsentwickelung mit dem canon redintegranda (Spolatius ante omnia restituendus), das Werk des Fälschers Isidorus. Beschränkt durch Innocentius III. auf den bösgläubigen Besitzer. |
| Bei dieser petitorischen Klage streitig: Wer hat das bessere Recht? Bei der Besitzklage streitig: Wer besitzt? | Ursache dieser Entwickelung: Schutz der Kirche in Verbindung mit germanischem Rechtsbewußtsein.[64] |

**Bewegliche Sachen.**

| Römisches Recht. | Deutsches Recht. |
| --- | --- |
| Römisches Recht unverändert. Ausnahme: Interdictum utrubi, womit man weggelaufene Sklaven zurückforderte.[65] | Keine Klage auf Grund des Besitzes. Besitzübertragung giebt dem dominus negotii (Prinzipal) die Klage aus dem Vertrage. Seine dingliche Klage ist weg. Gegen Dritte kann er nicht vindiziren, auch nicht in den Fällen von Verlust oder Diebstahl. Diesen aus dem altfranzösischen Rechte stammenden Zustand, welcher auch |

---

[64]) Einzelheiten bei Coninck Liefsting S. 191, 192, 195, 201.

[65]) Ihering S. 172, 459.

bei uns gemäß Art. 2014 des B. G. gilt, kann man in verschiedene Rechtsparömien zusammenfassen:

a) Meubles n'ont pas de suite.
b) En fait de meubles possession vaut titre.
c) Hand muß Hand wahren.
d) Wo man seinen Glauben gelassen hat, muß man ihn wieder suchen.[66]

Das Resultat dieser Uebersicht ist: Der nudus detentor kann nicht possessorisch klagen. Römisch-rechtlich nicht und deutsch-rechtlich erst recht nicht. Denn der nudus detentor besitzt nicht in eigenem Namen, hat auch nicht abgeleiteten Besitz; eins von beiden aber wäre nöthig, um ihm die possessorische Klage zu gewähren.

Der eben veröffentlichte deutsche Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs läßt diesen wichtigsten Unterschied fallen (§ 819 und 820).

Der deutsche Entwurf giebt also die possessorischen Klagen jedem Detentor, wenn er auch für einen anderen besitzt; wenn er auch nicht zu der Kategorie des abgeleiteten Besitzes gehört; und einerlei, ob er zu eigenem Nutzen (Miether) oder für einen Anderen (Aufbewahrer) detinirt.

Mit den Besitzklagen beseitigt der Detentor jede Verletzung seines Rechtes, auch seitens dessen, für den er die Sache detinirt. Hat dieser (der Eigenthümer) sich eigenmächtig in den Besitz gesetzt, so fordert der nudus detentor die Sache auch von ihm zurück. Dieser letztere (der dominus negotii, der Prinzipal, Eigenthümer) muß, um die Sache vom Detentor zurückzuerhalten, die Klage aus dem Vertrag anstellen.

Hat aber ein Dritter die Detention verletzt, dann kann der dominus negotii gegen diesen Dritten, falls dieser es unterließ, dieselben possessorischen Klagen anstellen, wie der Detentor (§. 821).

So weit die Rechtsgrundsätze.

---

[66]) Einzelheiten bei Conínck Liefſting S. 435, 487 fg.

Für unsere Materie nun verlange ich bewußte und entschiedene Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen unseres Rechtes nach zwei Hauptrichtungen. Man erkläre:

I. Juristischer Besitz beweglichen Guts ist möglich.

II. Zwei Personen können solidarisch dieselbe Sache besitzen.

Nach meiner festen Ueberzeugung ist der Doppelschein anders auf juristisch befriedigende Weise nicht zu regeln.

Im Folgenden soll diese Ansicht bewiesen werden.

## §. 2. Die rechtliche Stellung des kaufmännischen Verwahrers.

Coninck Liefsting sagt in seinem Besitzrecht:[67]) „Man kann, wenn man den Besitz des Sequesters nach der Definition des Besitzes in Art. 585 des Bürgerlichen Gesetzbuchs prüft, auf den ersten Blick wohl einigermaßen zweifelhaft sein, ob der Besitz des Sequesters darunter fällt. Es steht in diesem Artikel, daß unter Besitz verstanden wird das Halten und Genießen einer Sache, welche Jemand entweder selbst oder durch einen Anderen in seiner Macht hat, als ob sie ihm gehörte; aber man muß dieses letztere Erforderniß nur so auffassen, daß damit ausgeschlossen ist das faktische Halten der Sache auf den Namen eines Anderen, der selbst rechtlich das Besitzrecht ausübt. Der Sequester besitzt wohl, um später zurückzugeben. Dies hat er mit dem Besitzer e precario gemein; aber es ist Niemand vorhanden, welcher rechtlich das Besitzrecht über das Gut ausübt. Gerade darum wird der Sequester ernannt."

In dieser Stelle braucht man nur das Wort Sequester durch das Wort kaufmännischer Verwahrer zu ersetzen, dann hat man die rechtliche Stellung dieses letzteren erklärt. Die Hinterlegung des Gutes gegen Empfang der Scheine (Einschein oder Doppelschein) entsetzt den Hinterleger des Besitzes, wie die Abgabe des Konossements durch den Schiffer den Verlader des Besitzes entsetzt. In beiden Fällen, die vollkommen parallel laufen, und die ich deswegen vorläufig nebeneinander stelle, geht der volle juristische

[67]) S. 469.

Besitz, die civilis possessio, über, dort auf den Verwahrer, hier auf den Schiffer. In beiden Fällen verkörpert dieser seinen juristischen Besitz, dort in den Scheinen (Einschein oder Doppelschein), hier in dem Konossement. Er verfährt so, weil er (der Verwahrer, der Schiffer) nicht beabsichtigt, für sich zu behalten, sondern zurückzugeben. An wen? An denjenigen, welcher durch Vorlegung der (einfachen oder Doppel-) Scheine oder des Konossements ihn von seiner Verpflichtung liberirt. Er benachrichtigt den Eigenthümer casu quo (Art. 1757 des B.G.)[k]), aber im Uebrigen ist ihm jeder gleich lieb. An dem Laufe der (einfachen oder Doppel-) Scheine oder des Konossements hat er (der Verwahrer, Schiffer) kein Interesse. Die Rechtsverhältnisse der Waare selbst, welche im Hintergrunde der (einfachen oder Doppel-) Scheine oder des Konossements stehen, sind ihm gleichgültig. Der Hinterleger oder der Verlader kann Eigenthümer sein oder auch nur juristischer Besitzer. Der Inhaber der (einfachen oder Doppel-) Scheine oder des Konossements kann in allerlei Rechtsverhältnissen zu dem Hinterleger oder Verlader stehen. Nichts von alledem interessirt den Verwahrer oder Schiffer. Ihm muß nur die Urkunde vorgelegt werden, worin er seinen juristischen Besitz, urbi et orbi, Freund und Feind, auch dem Eigenthümer selbst und ganz besonders diesem, verkündigt hat. Dann erst hört sein juristischer Besitz auf, früher nicht.

Warum muß der Verwahrer oder der Schiffer juristischer Besitzer sein?

Aus zwei Gründen:

1. Damit er die Besitzrechte durch Anstellung der Besitzklagen ausüben kann, welchenfalls er kein Detentor sein darf (Art. 606, 618 B.G.).

2. Weil durch seine Unterzeichnung unmittelbar ein selb-

---

k) Art. 1757 des holländ. B. G. lautet (in Uebersetzung): „Er (der Verwahrer) kann von demjenigen, welcher ihm die Sache zur Aufbewahrung übergeben hat, keinen Beweis verlangen, daß letzterer Eigenthümer dieser Sache war. Wenn er aber dennoch entdeckt, daß das Gut gestohlen ist und wer der wirkliche Eigenthümer ist, so muß er letzteren benachrichtigen und ihm eine bestimmte und genügende Frist setzen, binnen deren er das Gut zurückzufordern habe“ ꝛc.

ständiges dingliches Recht an dem Gute zu Gunsten des Inhabers (der Scheine oder des Konossements) geschaffen wird.

Beide Punkte bedürfen einer Erläuterung.

**Besitzklagen.**

Detentor ist der allgemeine Name für jeden besitzrechtlich unbeschützten Inhaber. Die Detention kann in sehr verschiedenartigen Formen auftreten, und eine ganze Unzahl von Beziehungen, auch rechtlichen Beziehungen, in's Leben rufen. Sie beginnt mit körperlicher Apprehension (Aufschlagen einer Seite eines Buches, sich auf einen Stuhl setzen), und es liegt ihr eine Unzahl von Verträgen (Miethe, Pacht, gewöhnliche Aufbewahrung, Mandat u. s. w.) zu Grunde. Das gemeinschaftliche Kennzeichen dieser rechtlichen Beziehungen ist, daß diese Detentores nicht für sich, sondern für einen Anderen besitzen wollen. Mithin können sie diesen Anderen, wenn er vindicirt, nicht abweisen. Sie können natürlich auf ihren Vertrag (die Existenz des Miethsverhältnisses u. s. w.) sich berufen. Dann aber verändert der Rechtsstreit seinen Charakter. Er erstreckt sich alsdann auf die Art, die Dauer, die Voraussetzungen der Beendigung der Detention (vertragsmäßige Detention, Detention kraft eines precarium u. s. w.). Beweist der Detentor nicht sein gutes Recht zum Behalten der Sache, dann muß er diesem Angriffe weichen.[68])

Anders der kaufmännische Aufbewahrer oder Schiffer, der einen Lagerschein (einfachen oder doppelten) oder ein Konnossement unterzeichnet hat. Diese Scheine oder das Konnossement können in Umlauf sein. Dann muß er, geschehe was da will, dem Inhaber dieser Scheine leisten. Es handelt sich also um seine Verpflichtung gegenüber jedem Dritten, und der Hinterleger oder Verlader kann nicht mit seinen Ansprüchen zwischen diesen Dritten und den Deponenten treten. Der kaufmännische Aufbewahrer und der

---

[68]) Non obstat Art. 2014 B. G., welcher allein andwendbar ist, wenn der Detentor den Eigenthümer dadurch entwaffnet, daß er sich auf seinen Besitz, und wenn dies auch ein Besitz für einen Anderen ist, in casu für den Eigenthümer, beruft. In diesem Falle fällt die Klage des Art. 629 B. G. hinweg. Wäre es anders, so würde man dem Detentor gegen seinen Willen Eigenthumsrechte aufdrängen.

Schiffer muß also gegen den Deponenten oder den Verlader sich wehren können. Er muß nicht allein sich auf den Verwahrungs- oder Verladungs-Vertrag berufen können, welcher (im Prinzip) das petitorische Recht bestehen läßt. Er muß die letztere Waffe auch in der Scheide lassen können, bis er von seiner Verpflichtung (gegen Vorlegung der Scheine oder des Konnossements) liberirt ist. Wie gegen Dritte, so muß er auch, außer im Falle des Verlusts oder des Diebstahls) gegen den Eigenthümer selbst possessorisch auftreten können, welcher mit Gewalt oder List in den Besitz des Gutes gekommen ist. Dies Alles kann nur geschehen, wenn man seinen juristischen Besitz dahin anerkennt, daß er allerdings (wie der Detentor) nicht für sich, aber doch auch nicht im Namen des Deponenten oder Verladers besitzt.

Welche Einwendungen kann man gegen diese Auffassung vorbringen? Soviel ich sehen kann, vier. Wir wollen sie in hypothesi besprechen.

1. „Dann wird der kaufmännische Aufbewahrer oder Schiffer Eigenthümer."

Man will damit offenbar nicht sagen, daß diese Personen dann ja stehlen könnten, sondern nur, daß der volle juristische Besitz bei uns Jemand zum Eigenthümer mache. Art. 2014 des B. G.[1])

Sicher thut er das, wenn der juristische Besitzer für sich besitzt, was aber der kaufmännische Verwahrer oder der Schiffer eben nicht will. Wir haben hier mit einem abgeleiteten Besitze zu thun, gleich dem des Pfandgläubigers oder des Erbpächters nach römischem Recht.[69]) Auch diese könnten die Sache sich aneignen, zu Gelde machen. Diese Möglichkeit aber steht dem wahren juristischen Besitze nicht im Wege.

2. „Dann könnte ja der kaufmännische Verwahrer oder Schiffer seinen Willen ändern."

---

[1]) Art. 2014 Al. 1 des holländ. B. G. lautet (in Uebersetzung): „Bei beweglichen Sachen, welche weder in Renten, noch in Forderungen bestehen, welche nicht an den Inhaber zahlbar sind, gilt der Besitz als vollkommener Titel.

Al. 2. Nichtsdestoweniger kann Derjenige, welcher etwas verloren hat, oder dem etwas gestohlen worden ist, während dreier Jahre das verlorene oder gestohlene Gut von Demjenigen zurückfordern, in dessen Besitz er es findet" rc.

[69]) Coninck Liefsting, S. 81.

Wiederum will man damit nicht sagen, daß er thatsächlich widerrechtliche Handlungen begehen wird, sondern daß das Recht selbst ihm den Raum schafft, um durch Aenderung seines Willens auch seine Stellung zu ändern.

Nein, das kann er nicht. Dafür hat das Recht zwei Schranken. Materiell in jener Regel: Nemo causam possessionis sibi ipse mutare potest. (Art. 592 B. G.) Prozessual in dieser Regel: Der Anfang des Besitzes ist für die Folge entscheidend (Art. 591 B. G.[m]). Diese Regel bindet den Besitz an seinen sachlichen Entstehungsgrund.[70]) „Wenn Derjenige, welcher anfänglich für einen Anderen in den Besitz eines Gutes gekommen ist, so thun will, als besäße er die Sache für sich selbst, wird ihm diese Regel im Wege stehen," sagt Coninck Liefsting.[71]) Diese Vermuthung bewirkt, daß die Beweislast des veränderten Besitzes auf dem ruht, der diese Veränderung behauptet.

Für diese Rechtsvermuthung ist Jhering auf das Höchste eingenommen. Bei Gelegenheit der Besprechung der Art. 2230, 2231 und 2234 des Code civ. (590, 591, 1994 des niederländischen B. G.) sagt er:[72])

„Die Verfasser des Gesetzbuchs haben damit eine Einsicht in die prozessualischen Schwierigkeiten der gangbaren Besitztheorie und einen gesunden praktischen Takt bewiesen, den ich nicht hoch genug anschlagen kann. Jener Artikel wiegt in meinen Augen für das praktische Leben alles auf, was die Literatur in unserm ganzen Jahrhundert über den Gegensatz von Besitz und Detention zu Tage gefördert hat. Mit einem Federstrich haben sie damit eine Schwierigkeit aus dem Wege geschafft, mit der die gemeinrechtliche Praxis sich seit Jahrhunderten vergeblich abgemüht hatte, er läßt sich geradezu als eine errettende That auf dem Gebiete des Besitzes bezeichnen. Kenner des französischen Rechts mögen es beurtheilen, ob und welche Anknüpfungspunkte sich ihnen

---

m) Art. 591 des holländ. B. G. lautet (in Uebersetzung): „Wenn man für einen Anderen zu besitzen begonnen hat, so wird stets vermuthet, daß man den Besitz unter demselben Titel fortsetze, bis das Gegentheil bewiesen ist.

[70]) Jhering, S. 358.

[71]) S. 58.

[72]) S. 167.

dafür darboten. Bei Pothier, dem sie sonst so viel entlehnt haben, habe ich nichts gefunden, weder in seinen Pandectae Justinianeae, noch in seinem Traité de la possession."

Ich glaube, daß Ihering Recht hat, aber der Anknüpfungspunkt liegt auf der Hand und ist bei Pothier in dessen Traité zu finden.[73]) Er sagt da:

„C'est à la vérité, au possesseur à justifier du contrat ou autre acte, qu'il prétend être, le juste titre, d'où procède sa possession."

Diese Beweislast des Besitzers will Pothier im allerstrengsten Sinn aufgefaßt wissen. Daher das Rechtssprüchwort: Melius est non habere titulum quam habere vitiosum.[74]) Ausdrücklich sagt Pothier:

„Ce titre de la possession étant un titre vicieux, étant un titre qui n'est pas de nature à attribuer au possesseur la propriété de la chose; la possession qu'a le possesseur n'étant point en conséquence une possession civile, une possession de propriétaire, elle ne peut, quelque longue qu'elle soit et quoiqu'elle excède, cent ans, procurer aucun moyen de défense au possesseur contre la demande donnée contre lui par le propriétaire pour lui faire délaisser l'héritage: c'est le cas de la maxime: Melius est non habere titulum, quam habere vitiosum."[75])

Damit ist einer leichtfertigen Vornahme einer Veränderung des Besitzwillens ein Riegel vorgeschoben. Und nun beachte man wohl, daß diese Beweisvermuthung Alle trifft, welche precario besitzen und daß Precario-Besitzer Alle sind, die nicht animo domini besitzen. Marcadé setzt diesen Gegensatz zwischen französischem und römischem Recht auseinander:[76])

„A Rome la possession précaire avait un sens bien plus restreint, elle ne s'entendait que du cas tout particulier d'un individu qui jouissait de la chose par la concession purement

[73]) S. 402.
[74]) S. 442.
[75]) S. 513.
[76]) S. 89.

gratuite et toujours révocable que sur sa prière (precibus, precario), ce propriétaire avait bien voulu lui accorder; mais chez nous le mot s'applique indistinctement à tous les détenteurs qui n'entendent pas avoir la chose pour eux et comme étant à eux: en sorte que tous — se rangent dans deux classes: les détenteurs précaires, d'une part, les possesseurs animo domini d'autre part."

Für alle diese Prekaristen sagt Marcadé:[77])

(La possession) reste à tout jamais viciée de sa précarité originelle, et pas plus après des siècles qu'après quelques années, neque per millos annos, elle ne conduira jamais à la propriété des biens."

Er giebt in der That ein hübsches Beispiel, da er wegen der „immense portée" der Regel: Melius est non habere titulum, quam habere vitiosum sich nicht als Eigenthümer eines Pachthofes ansehen könne, welcher im nachweisbar ununterbrochenen Besitz seiner Familie seit 800 Jahren gestanden habe.[78])

3) „Dann würde also auch der kaufmännische Verwahrer oder der Schiffer vollen juristischen Besitz übertragen." Der Sinn dieses Einwands, wenn er überhaupt etwas bedeutet, soll sein, daß es in der Macht des kaufmännischen Verwahrers oder Schiffers stehe, Jemanden (z. B. einen Agenten, Spediteur, Kommissionär u. s. w.) zum juristischen Besitzer zu machen im Widerspruche mit der Absicht des Deponenten oder des Verladers.

Ich leugne diese Möglichkeit. Gewiß übertragen jene Personen ihren Besitz, wie er verkörpert ist in den Scheinen oder dem Konnossement. Aber ihr (des kaufmännischen Verwahrers oder Schiffers) juristischer Besitz giebt nicht den Ausschlag. Sie besitzen ad reddendum. Was sie übertragen können, ist also nur, was sie haben. Nemo plus juris transferre potest quam ipse habet. Durch ihre Intervention kann man, soweit es von ihnen abhängt, nicht mehr als diesen Besitz erlangen. Nämlich einen Besitz mit einem negativen Willensmoment. Einen Besitz, der den Empfänger nicht hindert, juristischer Besitzer zu sein, aber zugleich

---

[77]) S. 108.

[78]) S. 109.

an das nomen alienum erinnert. Wie kommt dann aber der Empfänger der Scheine oder des Konnossements zu einem Besitze proprio nomine? Auf die einfachste und gewöhnliche Weise: dadurch, daß er, der Empfänger, den animus sibi habendi hat (Art. 594 B. G). Von Verwahrers — oder Schiffers wegen erhält er nur die negativen Willensmomente. Aus eigenem Willen erlangt er das positive Willensmoment. Wann aber und wann nicht? Dies hängt von dem objektiven Rechtsverhältniß ab, welches zwischen ihm und dem Deponenten oder dem Verlader besteht, welches natürlich seinen Einfluß geltend macht.[79])

Bei manchen Schriftstellern über unser Thema (besonders in der Lehre von dem Konnossement) muß man sich wundern, wie sehr sie in der Eile den rechten Weg verlieren. Der Autor thut, als ob eine Pantomime aufgeführt werde, in welcher sich die Parteien Scheine oder Konnossemente mit dem Finger auf dem Munde zuwerfen.

Conticuere omnes intentique ora tenebant.

Und bei diesem allgemeinen hartnäckigen Schweigen ist es nicht mehr wie natürlich, daß unser Autor die Urkunde allein sprechen läßt. Diese wird denn auch gehörig zur Hand genommen und zurecht gemacht. Für den Agenten, der nur detentor sein will, ist das Papier, welches juristischen Besitz symbolisirt, etwas zu weitgehend. Es wird ein ganzes intellektuelles Kapital vergeudet, um das Papier einerseits etwas einzuengen, andererseits etwas auszurenken.

Mir scheint, die Mühe ist vergeblich. Es regnet keine Lagerscheine und die Konnossemente fliegen nicht herum, so daß man sie greifen kann. Jene Urkunden werden ausgestellt und ausgehändigt von Personen, welche mit einander in nachweisbaren Rechtsverhältnissen stehen. Diese Personen führen Bücher, wechseln Briefe, senden Ordres, ziehen Wechsel, präzisiren, um es kurz zu sagen, in der deutlichsten Weise ihre Rechtsstellung und die ihrer

---

[79]) So mit Recht ein Urtheil des Bezirksgerichts von Rotterdam und ein Bescheid des Kassationshofs von Haag vom 24. Dez. 1888 im „handelsrechtl. Magazin" (N. F. 1889) I S. 132.

Waaren. Inmitten dieser Rechtsverhältnisse nehmen Lagerscheine und Konnossemente eine Stellung ein, und zwar eine wichtige. Natürlich muß man ihre rechtliche Natur gehörig klarstellen, nichts ist nöthiger, und ich beschäftige mich ja auch pflichtmäßig damit. Aber man thue nur nicht so, als mache man einen Spaziergang in dem ausgestorbenen Pompeji, wo der tiefsinnige Denker die eben entdeckten Lagerscheine oder Konnossemente sich selbst und aus sich selbst erklären muß.

4. „Also weiß der kaufmännische Aufbewahrer oder Schiffer weder, für wen er besitzt, noch wem er zurückgeben muß"! .. Das erstere ist nicht nöthig,[80]) und das zweite wird sich schon herausstellen, wenn ihm der Schein oder das Konnossement vorgelegt wird. Der juristische Besitzer, welcher alieno nomine besitzen will, braucht ex nunc den zukünftigen Empfänger nicht zu kennen. Sonst könnte der vertragsmäßige Sequester (Art. 1768 des B. G.), der nach meiner Ansicht unzweifelhaft juristischer Besitzer ist,[81]) gar nicht existiren. Nicht zu wissen, an wen er zurückgeben muß, also ad opus jus habentium zu besitzen, ist sein Amt. Man braucht also zu den vortrefflichen, aber etwas zu Tode gehetzten missilia der Römer nicht seine Zuflucht zu nehmen, um nachzuweisen, daß sogar die Tradition, also auch der juristische Besitz, in incertam personam möglich ist. Ich bin überzeugt, daß die Römer, wohl ihre Münzen, aber nicht ihre Lagerscheine oder Konnossemente, wenn sie solche gehabt hätten, unter das Volk geworfen haben würden. Ein besseres Analogon bildet das Inhaberpapier, weil es natürlicher ist. Auch darin übernimmt man eine Verpflichtung. Wem gegenüber? Das wird gleich klar werden.

Die mir denkbaren Einwendungen gegen die entwickelte Auffassung sind damit erledigt. Soweit ich sehen kann, ist nichts an dieser Auffassung, was den Thatsachen Gewalt anthut oder sich an Prinzipien des Rechtes vergreift.

---

[80]) Entsch. des hohen Raths vom 29. April 1889. (Rechts-Wochenblatt Nr. 5098.)

[81]) Dieser Punkt ist kontrovers. Vgl. Ihering S. 382. Angesichts des klaren Wortlauts der l. 17 §. 1 D. 16. 3 begreife ich nicht, wie dies möglich ist.

**Dingliche Verpflichtung.**

Der zweite Grund, warum juristischer Besitz nöthig erscheint, besteht darin, daß die Unterzeichnung des kaufmännischen Verwahrers und des Schiffers eine dingliche Verpflichtung in's Leben ruft. Wer ein dingliches Recht aus eigenem Rechte schafft, muß ein dingliches haben. Dies scheint mir klar. Ex nihilo nihil fit, und die Einführung der generatio spontanea in das Rechtsgebiet würde als ein höchst zweifelhafter Gewinn betrachtet werden müssen.

Man lasse dieses dingliche Rechtsmoment entstehen, wann man will: mit der Uebergabe oder mit der Unterzeichnung der Scheine oder des Konnossements — gleichviel. Es ist in rerum natura unmöglich, wenn es nicht von dem kaufmännischen Verwahrer oder Schiffer geschaffen wird. Aber man beachte wohl: diese Personen beurkunden nicht, wie es ein Notar thun würde. Das dingliche Recht, welches jetzt ist und früher nicht war, entsteht nicht ohne sie und wird auch nicht als vorhanden lediglich von ihnen beurkundet. Nein, sie rufen es in's Leben, indem sie mit ihrem eigenen Vermögen dafür einstehen. Ohne Vorlegung und Rückgabe der Scheine oder des Konnossements kann selbst der Eigenthümer sein Gut nicht zurückbekommen. So wahr ist es, daß dieser letztere sich momentan seiner Waare entäußert und dafür ein Papier angenommen hat. Theilt man dem Manne, der dieses Papier aus Händen gab, eine so wichtige Rolle zu, daß man ihn (natürlich im relativen Sinne) zum Herrn und Meister dieses Gutes erklärt, wer sollte ihm dann Namen und Funktion, welche dieses Verhältniß andeuten, verweigern können? Jeder abgeleitete Besitz ist Abweichung vom Besitz, sagt Savigny.[82] Nun, hier ist mehr als blos abgeleiteter Besitz. Hier ist ein selbstständiges Handeln, allerdings rückwärts für einen Anderen, aber vorwärts (durch Schein oder Konnossement) mit dinglicher Wirkung gegen und für Jeden.

Ich stimme deshalb der Besitztheorie, die sich an die Scheine und das Konnossement anschließt,[83] zu, aber ich mache auch Ernst

---

[82]) S. 120.

[83]) Ihr Inhalt ist ausgezeichnet dargestellt von Dr. A. Heemskerk S. 95, wo man auch die frühere Literatur finden kann.

mit ihr und ziehe die Konsequenzen. Dies Letztere scheint mir weder Goldschmidt noch Heemskerk zu thun. Bei ersterem kann man lesen:[84]) „Es wird so der Konnossementsempfänger nicht durch den Schiffer, als seinen neg. gestor, und nicht durch einen von dem Konnossementserwerb an sich unabhängigen Akt juristischer Besitzer, sondern mittelst der durch den Ablader geschehenen Konnossementsübertragung Detentor der Waare." Und bei dem Letzteren: „Diesen Erscheinungen entnehme ich den Satz, daß der Inhaber des Konnossements mittelst des Schiffers Detentor der Güter ist."[85]) Daß Heemskerk dabei stehen geblieben ist, ist um so merkwürdiger, als er bezüglich der Lagerscheine weiter zu gehen scheint. Er sagt darüber ausdrücklich: „Meines Erachtens muß man es so ansehen, daß alle Papiere, in denen ein Verwahrer, nicht der Verkäufer selbst sich verpflichtet, eine bestimmte Sache auszuliefern, den Besitz der Sache verleihen, auf welche sie sich beziehen; und zwar nicht wegen der abstrakten Idee, daß sie Symbole sind, sondern weil sie wirklich Macht verleihen."[86]) Man kann ihn also fragen, warum und worin derartige Scheine von einem Konnossement sich unterscheiden sollen?

Alle Beide, der Meister und der Schüler, scheinen mir ihre Lehre nur halb ausgebildet zu haben. Wenn der Inhaber der Lagerscheine oder des Konnossements mittelst des Deponenten oder des Verladers Detentor der Güter ist, so liegt der Schwerpunkt bei dem kaufmännischen Verwahrer oder dem Schiffer, und liegt also nicht mehr bei dem Deponenten oder dem Verlader. Das ist nicht etwa eine Kleinigkeit, sondern entscheidend für das ganze Rechtsverhältniß. Goldschmidt stellt es so dar, als stehe es in der Macht des Deponenten oder des Verladers, nach Belieben über die Waare zu verfügen, obwohl Lagerscheine oder Konnossemente ausgegeben sind. Insofern nämlich, als er (einem Agenten) die Detention oder (einem Käufer) den juristischen Besitz einer Waare ungehindert übertragen könnte. Gewiß verhindert ihn daran Niemand, aber weder Agent noch Käufer bekommen die Waare ohne das Papier. Die (halbe) Besitztheorie von Gold-

---

[84]) S. 722.
[85]) S. 100.
[86]) S. 213.

schmidt neutralisirt also den kaufmännischen Verwahrer oder den Schiffer im nämlichen Augenblicke, wo sie dessen Dienste anruft. Sie macht aus dem Mann einen Schlüssel. In Wirklichkeit ist er eine Person, welche, wenn man von ihr Auslieferung ohne das Papier verlangt, ihr Veto ausspricht. Goldschmidt selbst sieht dies ein, verhehlt sich aber die Folgen. Unmittelbar, nachdem er die Möglichkeit der freien Uebertragung der Waare erwähnt hat, fährt er im Hinblick auf den Deponenten oder den Verlader fort:[87])

„Er kann aber auf Niemand sonst, als auf einen Konnossementsinhaber, den juristischen Besitz übertragen, etwa durch constitutum possessorium, weil nicht er durch den Schiffer, sondern der Schiffer für den Konnossementsinhaber detinirt."

Goldschmidt hätte ruhig beifügen können: auch auf sich selbst nicht. Auch gegen ihn, den unzweifelhaften und unbezweifelten Eigenthümer der Waare, kehrt sich das Veto des Schiffers, es sei denn, es werde dem Letzteren das Papier vorgelegt. Ist es demgegenüber nicht eine außergewöhnliche Schüchternheit, dabei zu bleiben, daß er nicht depossedirt sei — dies Wort im eigentlichen Sinne genommen?

Ich verlange also im Interesse der Rechtssicherheit des Verkehrs mit Lagerscheinen und Konnossementen — Erweiterung unseres Rechtes nach zwei Seiten:

Nach der Seite des Objekts. Wir kennen Besitzklagen bei beweglichen Sachen (Art. 606 in fine B. G. [n]). Daß das kaufmännische Depositum oder die verladene Waare stricto sensu nicht eine „Gesammtheit von beweglichen Sachen" darstellt, entgeht mir nicht. Latiore sensu aber allerdings. „Auf der Gesammtheit dieser Sachen (der deponirten Waare, der schwimmenden Ladung) als einer Einheit ruhen bestimmte Rechte und Verpflichtungen, für welche Einer oder Mehrere der Verpflichteten aufkommen müssen, deren Interessen auch durch einen hierzu von ihnen ernannten Bevoll-

---

[87]) S. 722.

[n]) Art. 606 des holländischen B. G. lautet in Uebersetzung: „Die Besitzklage greift Platz, wenn Jemand gestört ist im Besitze eines Stückes Landes oder Baugrundes, eines Hauses oder eines Gebäudes, eines dinglichen Rechtes oder einer Gesammtheit von beweglichen Sachen."

mächtigten wahrgenommen werden können." Dies sind die eigenen Worte von Coninck Liefsting,[88]) die ich hier zitire, weil sie hier anwendbar sind. °) Die in Verwahrung gegebenen Waaren, die an Bord befindliche Ladung können verkauft, verpfändet, exekutirt werden u. s. w. Sie dürfen deshalb nicht als ein thatsächliches Aggregat, sondern sie müssen als eine universitas juris angesehen werden. Welches Hinderniß sollte bestehen, auf sie die possessorischen Rechtsmittel des alten holländischen und französischen Rechtes anzuwenden?[89])

Nach der Seite des Subjekts. Unzweifelhaft besitzt der kaufmännische Verwahrer und der Schiffer für einen Anderen (ad reddendum), nicht für sich selbst. Derartige Besitzer haben in der Regel die possessorischen Klagen nicht. Aber der Sequester, auch der über bewegliches Gut, auch der vertragsmäßige Sequester (Art. 1768 B. G.).

Trotzdem will ihm Coninck Liefsting, und mit Recht, den Schutz der possessorischen Klagen zuerkennen[90]), obwohl für bewegliche Sachen das germanische Recht die Unterscheidung zwischen possessio civilis und possessio naturalis nicht gemacht hat.[91]) Er argumentirt aus dem Zwecke der Sequestration, welcher vereitelt sein würde, wenn man ihm dieses Rechtsmittel verweigert. Ich berufe mich auf den Zweck jener Papiere (Lagerscheine oder Konnossemente), mit welchen ein dingliches Recht verknüpft ist. Wo ist der Unterschied? —

Man hat also die Wahl. Entweder persönliche Klage gegen den kaufmännischen Verwahrer oder Schiffer, welcher die Lagerscheine oder das Konnossement unterzeichnet hat. In diesem Falle kommen die possessorischen Klagen natürlich nicht in Frage. Oder durchweg ein durch jene geschaffenes dingliches Recht, welches für sie juristischen Besitz mit sich bringt.

Wohlan, wird man vielleicht sagen, so wollen wir unser Recht für Mobilien unberührt lassen und dem Inhaber der Lagerscheine

[88]) S. 389.

°) Dies scheint mir doch etwas sehr gewagt zu sein.

[89]) Coninck Liefsting Anm. 177 S. 238 und Anm. 218 S. 284.

[90]) S. 468 ff.

[91]) S. 554.

oder des Konnossements eine persönliche Klage gegen den kaufmännischen Verwahrer oder den Schiffer zuerkennen.

Man sehe zu, ob damit dem Verkehr gedient sein könnte. Mir scheint, durchaus nicht. Die Besitztheorie ist nicht nur ein theoretisches Hülfsmittel, mit welchem der Jurist in seinem Arbeitszimmer sein Bedürfniß nach Symmetrie befriedigt. Sie ist der Ausfluß einer praktischen Nothwendigkeit, deren Forderungen man nicht befriedigen kann, wenn man jene Besitztheorie nicht annimmt. Niemand hat besser als Goldschmidt diesen Punkt beleuchtet.[92]) Der Inhaber der Lagerscheine oder des Konnossements muß deshalb Besitz haben, um, falls Zufall oder Untreue des kaufmännischen Verwahrers oder des Schiffers die Waare einem Dritten (oder dem Eigenthümer) in die Hand spielt, sie von diesem zurückfordern zu können. Bei dem Konkurse des Deponenten oder Verladers muß der Inhaber der Lagerscheine oder des Konnossements mehr haben, als eine bloß persönliche Forderung an die Masse. Ein vindikatorischer Arrest des Deponenten oder Verladers darf den Inhaber der Ladescheine oder des Konnossements nicht schädigen. Alle diese Forderungen, um nur einige zu nennen, werden von der Besitztheorie zugestanden. In diesem Punkte herrscht auch bei uns Einstimmigkeit, obwohl die Theorie selbst in verschiedener Weise dargestellt wird. Der mit den Lagerscheinen oder dem Konnossemente verbundene Besitz ist also omnium consensu nöthig. Aber dann ist zugleich nöthig juristischer Besitz des kaufmännischen Verwahrers oder Schiffers, welcher jenem dinglichen Rechte zur Entstehung verhilft.

## §. 3. Vergegenwärtigung der Waare.

Wenn im Handel ein Bewußtsein lebendig ist und laut wird, so ist es die tief eingewurzelte Ueberzeugung, daß die Lagerscheine (ceel) und Konnossemente die Waare vergegenwärtigen. Sonderbar genug ist diese allgemein anerkannte Handelsgewohnheit nicht bei uns, wohl aber in Deutschland für das Konnossement gesetzlich geregelt. Der Art. 649 des A. D. H.-G.-B. sagt: „Die Uebergabe des an Ordre lautenden Konossements an Denjenigen, welcher durch dasselbe zur Empfangnahme legitimirt ist, hat, sobald

[92]) S. 701 ff.

die Güter wirklich abgeladen sind, für den Erwerb der von der Uebergabe der Güter abhängigen Rechte dieselben rechtlichen Wirkungen wie die Uebergabe der Güter."

Bei uns zu Lande, wo der Lagerschein von Alters her besteht, hat die Jurisprudenz die Aufgabe übernommen, welche der Gesetzgeber ihr hätte abnehmen müssen. Sie hat jene Vergegenwärtigung ipsis verbis angenommen.[93])

Ebensowenig wie Heemskerk[94]) ist es mir zweifelhaft, daß bereits Barels diese Vergegenwärtigung bezeugte.[95]) Die von diesem Rechtsgelehrten gesammelten Gutachten fallen, wie Polak[96]) richtig bemerkt, in das erste Viertel des 18. Jahrhunderts.

Man sollte nun meinen, daß der Satz: Besitz des Papiers (Lagerscheins, Konnossements) ist Besitz der Waare zu Mißverständnissen kaum Anlaß geben könnte. Dennoch hielt es Goldschmidt für erforderlich, vor solchen zu warnen. Nach Bestreitung der traditio symbolica sagt er:[97])

„Noch ungenauer ist die Fassung: „das Konnossement ist Repräsentant der Waare", da dasselbe keineswegs schlechthin und in allen Beziehungen die Waare vertritt; oder die Formulirung: „Besitz des Konossements ist Besitz der Waare", denn Besitz der Waare kann eben nur Besitz der Waare selbst sein, nicht eines anderen Gegenstandes, und das Gegentheil vermag kein Handelsgebrauch oder Gesetz festzustellen. Wohl aber kann festgestellt werden, unter welchen Voraussetzungen Besitz der Waare anzunehmen sei."

Und um seine Ansicht noch zu erläutern, fügt er hinzu:[98])

„Wer z. B. zur Lieferung von Waaren verbunden ist, liefert nicht durch Lieferung des Konnossements, sofern nicht Tradition

---

[93]) Kist S. 511. Die Rechtsprechung aus späterer Zeit über die „volgbriefjes" (delivery notes) — einen verwandten Gegenstand — s. bei Goudsmit S. 44. Vgl. D. A. Heemskerk, Themis 1878. S. 2.

[94]) S. 68.

[95]) Vgl. Barels I. Gutachten 15, 42, 79. II. Gutachten 26, 75, 79, alle zitirt von Goldschmidt S. 707 Anm. u. S. 651 Anm.

[96]) S. 60 Anm. 4.

[97]) S. 713.

[98]) S. 713. Anm. 26.

durch Konnossement auch vom Empfänger gewollt ist. Denn wer direkte Uebergabe fordern darf, braucht sich Verweisung an eine Zwischenperson nicht gefallen zu lassen, um so weniger, als der Ablader durch Arrestanlage oder zweites Konnossementsexemplar die Auslieferung verhindern kann. Ebenso ist umgekehrt das Versprechen, Konnossemente zu liefern, nicht Versprechen, die Waare zu liefern."

Diese äußerst ernstliche Widerlegung einer irrthümlichen Auffassung legt die Gefahr nahe, daß das Axiom, von welcher jene ausgeht, bestritten werden könnte. Es besteht, so scheint es mir, ein heroicum, um diejenigen, welche den Unterschied zwischen Vergegenwärtigen und Ersetzen der Waare nicht begreifen, zu heilen. Man gebe folgendes zu bedenken: Vergegenwärtigung ist Identität, sagt Ihr? Gut, von nun ab bekommen die im Heere dienenden Stellvertreter alle Erbschaften, welche ihre zu Hause gebliebenen Kommittenten machen. Ich habe das Mittel noch nicht erprobt, aber ich bin überzeugt, daß mehr nicht nöthig ist, um zu bewirken, daß selbst der verstockteste Vertreter der Identitätstheorie rechtsumkehrt macht — wenn er Kommittent ist.

Dialektisch kann man es auch versuchen, und zwar so: Papier gleich Waare, sagt Ihr. Vortrefflich. Wenn aber Papier gleich Waare ist, muß Waare auch Papier sein, das ist klar. Nun ist die Waare Zucker, wie Ihr seht . . . atqui ergo. Die einzige Schwierigkeit ist dann, ernst zu bleiben. Dieser juristische Irrthum ist übrigens nicht ganz selbständig, hat vielmehr einen wirthschaftlichen Zusammenhang. Es ist ja auch behauptet worden, daß man durch unbeschränkte Banknotenausgabe mit Zwangskurs Kapital schaffen, also den Volksreichthum erhöhen kann. Aber diese Idee ließ man so schnell wie möglich verschwinden. Wir können nichts (aktuell) schaffen, was nicht (potentiell) bereits besteht. Mit anderen Worten: reproduziren können wir nur. Darüber müssen wir uns nun einmal trösten.

Die Lehre, daß das Papier die Waare vergegenwärtigt (vorausgesetzt natürlich, daß der Besitz der Waare kontraktlich stipulirt oder beabsichtigt ist), macht sich nach verschiedenen Richtungen geltend.

Deuten wir die Konsequenzen an:

**1. Das Verfolgungsrecht.**

Das „Verfolgungsrecht“ (droit de suite, droit de stoppage) kann zu Gunsten des unbezahlten Verkäufers gegen seinen Käufer geltend gemacht werden. Im Widerspruche gegen die Besitztheorie steht es nicht, weil das Verfolgungsrecht außerhalb derselben steht, und sich, selbst wenn es von den gewöhnlichen rechtlichen Voraussetzungen abweichen würde, ausschließlich auf Billigkeitsgründe stützen könnte. Nach Artikel 244 des H.-G.-B. fällt das Verfolgungsrecht selbst nach Tradition des Guts nicht hinweg. Beweis genug, daß es auch bei Lagerscheinen oder Konnossementen, die nur Stellvertreter sind, nicht wegzufallen braucht. Denn will man auch den kaufmännischen Verwahrer oder den Schiffer als nur vertragsmäßig zur Aushändigung des Guts verpflichtet ansehen, so ist dieser Vertrag — Lagerschein oder Konnossement — so scharf, daß er jede aus der Person des Deponenten oder Verladers entnommene Einrede ausschließt. Man braucht also nicht, wie dies Goldschmidt thut,[99]) zu dem Axiom: „Das Papier ersetzt die Waare nicht“ seine Zuflucht zu nehmen und nachzuweisen, daß das Verfolgungsrecht mit der Besitztheorie vereinbar ist. Selbst wenn das Papier die Waare allerdings ersetzen würde, würde sich dennoch das Verfolgungsrecht auf Billigkeitsgründe stützen können. Können, aber auch müssen? Daß sich das Verfolgungsrecht mit der auch in unserem Gesetz enthaltenen Besitztheorie für das Konossement äußerst friedlich verträgt, ist trefflich nachgewiesen von Heemskerk.[100]) Sollen aber auch ebenso die Lagerscheine (natürlich im Verhältnisse zwischen Verkäufer und Käufer) in den Bereich des Verfolgungsrechts gestellt oder besser darin belassen werden? Ohne Zweifel. Nicht nur, weil die allgemeine Oekonomie unseres Gesetzes dies fordert, sondern auch, weil die Gründe für die Existenz des Verkaufs durch Vermittelung von Lagerscheinen gerade darin gelegen haben können, das Verfolgungsrecht zu erleichtern. Der Pfandgläubiger auf Grund des Warrant ist in dieser Beziehung ohne Interesse. Wie ohne jeden Zweifel derjenige, welcher auf Konnossement Vorschüsse gemacht hat (Art. 237 H.-G.-B.), so geht derjenige, welcher

---

[99]) S. 724.

[100]) S. 101 ff.; 142 ff.

den Warrant beliehen hat, dem Reklamanten vor. Daß dieser, auch abgesehen von den Lagerscheinen, die faktische Existenz seines Rechtes beweisen muß, ist von selbst klar.

Darauf muß aber genau gesehen werden, weil das Verfolgungsrecht strikt interpretirt werden muß. Privilegia restringenda. Der Lagerschein mit Blanko-Indossament würde doch, selbst wenn dieses datirt ist, leicht dazu dienen können, um das Verfolgungsrecht in detrimentum creditorum auszudehnen. Um so mehr, als in Zeiten einer Krisis spätere Fallissemente nicht selten sind. Eine allzugroße Zuvorkommenheit in der Auslieferung — der Sprachgebrauch nennt diese Eigenschaft „Koulanz" — muß also vermieden werden.

### 2. Auslieferung.

Die Auslieferung (durch Konnossement und) durch den Doppelschein erfolgt im Augenblicke der Uebergabe desselben. Wohl verstanden, die Auslieferung: der Akt, womit die Sache in die Macht und in den Besitz gebracht wird, nicht die Eigenthumsübertragung, die außerhalb (des Konnossements oder) des Lagerscheins erfolgt.

Die Auslieferung mittelst Doppelscheins erfolgt:

An den Käufer: dadurch, daß der Verkäufer ihm das dazu bestimmte Papier (récépissé, cédule u. s. w.) übergiebt (Art. 1511, 670 B. G.) In diesem Momente fängt der Aufbewahrer an, für den Käufer zu besitzen. Von diesem Moment ab kann der Käufer, wann er will, nachdem er sich den Warrant verschafft hat, thatsächlich das Gut an sich nehmen. Mithin ist zweifellos das Entrepôt, was seine Waaren angeht, seinem Packhause gleichzustellen. Das Exekutionsrecht — der zweite Vortheil des Verkaufs mittelst Lagerscheins — des unbezahlten Verkäufers (nicht zu verwechseln mit seinem Verfolgungsrechte) muß sich auf ausdrückliche Gesetzesbestimmung stützen (Art. 1302 Al. 2 B. G.). Wegen eines eventuellen Defizits erholt sich der Exekutant — Verkäufer — an seinem Käufer, dieser an dem seinigen u. s. w.

An den Vorschußgeber dadurch, daß der Pfandgeber das dazu bestimmte Papier (Warrant) aushändigt, nachdem (durch Eintragung seitens des Verwahrers) das Pfandrecht auf demselben

kenntlich gemacht ist. (Art. 1198, 670 B. G.) In diesem Momente beginnt der Verwahrer für den Geldgeber zu besitzen. Besitz für den Käufer und für den Geldgeber kann also gleichzeitig, uno eodemque tractu Platz greifen. Hier ist eine schwerwiegende Frage verborgen, worüber ich sofort sprechen werde.

Die Auslieferung des Scheines individualisirt das Gut, wenn nichts Anderes bedungen ist. Mithin geht die Gefahr der Waare auf den Käufer über. (Art. 1496 B. G.) Res perit emtori. Handelt es sich um einen Genus-Kauf und wird später individualisirt, so ist der Verwahrer verpflichtet, spezielle Scheine über die einzelnen Partien mit entsprechenden Warrants auszuhändigen gegen Einziehung der ersten Dokumente (Prime-Warrants).[101])

### 3. Untersuchungsrecht.

Es scheint mir nicht zweifelhaft, daß trotz der Besitztheorie der Käufer kraft Konnossements das Recht behält, Einwendungen gegen die Waare zu machen, z. B. wenn sie mit dem Muster nicht übereinstimmt. Das Gegentheil würde (wenn man von einer abweichenden Stipulation im Lieferungsvertrag absieht) zu der ungereimten Konsequenz führen, daß der Käufer mit dem zufrieden sein muß, was man ihm zu senden beliebt. Anders aber würde ich hinsichtlich des Käufers auf Lagerscheine entscheiden. Er könnte ja die Waare, von der er räumlich nicht weit entfernt ist, besichtigen. Nichts natürlicher also, als daß er dies thut, oder daß er, wenn er es unterläßt, die Folgen seiner eigenen Säumniß tragen muß. Man beseitigt mit solcher Regel dem kaufmännischen Aufbewahrer den Anreiz, zu seiner eigenen Sicherung liberatorische Klauseln auf die Scheine zu setzen, eine Praxis, die in England lebhaft im Schwung ist.[102])

### 4. Inhalt der Scheine.

Die äußere Form muß dazu mitwirken, daß das durch sie begründete Rechtsverhältniß deutlich erkennbar wird. Man kann bei

---

101) Abth. 2 des russ. Lagerhaus-Gesetzes.

102) Simonson (Zeitschr.) S. 191; idem (Schmoller) S. 224.

uns, sagt Heemskerk mit Recht,[103]) die einfachen Scheine nicht verbieten. Dazu sind sie zu sehr durch den Gebrauch geheiligt. Aber was man wohl kann, ist, ihre äußere Form gesetzlich vorzuschreiben. Am meisten empfehlenswerth erscheint ein in der Mitte perforirtes Papier, welches angiebt, welcher Theil für den Verkauf, und welcher für die Verpfändung bestimmt ist. Es muß und kann sofort deutlich sein, welche Titel man in Händen hat. Läßt man promiscue Scheine für Veräußerung und die für die Verpfändung zu, so bedarf es keines Beweises, daß man dem Mißbrauche Thür und Thor öffnet.[104])

### 5. Versicherung.

Obligatorische Versicherung der deponirten Waare scheint mir wünschenswerth. Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen sind die Versicherungsgelder nicht das Aequivalent der Waare, sondern der Prämie. (Art. 246, 264 H.-G.-B.). Mithin hat den Anspruch auf diese Gelder der Eigenthümer oder Derjenige, für dessen Rechnung versichert ist. Mithin treten sie auch nicht an die Stelle der hinterlegten Waare, außer wenn und insoweit ein desfallsiger Vertrag von den Parteien mit dem Versicherer geschlossen ist (Art. 297 H.-G.-B.). Bei dem Doppelscheine kann nun die Versicherungssumme zur völligen oder theilweisen Befriedigung der Ansprüche einer Menge von Parteien dienen müssen. Das Einfachste scheint mir deshalb, den Aufbewahrer zur Versicherung gesetzlich zu verpflichten, und die Prämien als claim, welches auf der Waare ruht, anzusehen (Art. 1185 sub 4 B. G.). Ist man aber einmal in diesem Fahrwasser, dann besteht kein Grund, warum allein die Versicherungsgelder an Stelle des Gutes treten sollen. Angenommen, es würde ein Aufruhrschaden vergütet (was nach der Torpedo-Rechtsprechung des „hohen Raths" höchst zweifelhaft ist), so müßte diese Vergütung den Parteien, nicht einem zufälligen Interessenten zu Gute kommen. Im Allgemeinen soll also das Prinzip gelten: pretium succedit in locum rei. Art. 1753 B. G.[p]) ist nicht genügend, denn die schwierige

---

[103]) S. 231 ff.; S. 227.

[104]) Heemskerk S. 228.

[p]) Art. 1753 des holländischen B. G. lautet in Uebersetzung: „Der Verwahrer, dem das Gut durch höhere Gewalt (eene overmagt) abhanden gekommen

Frage ist gerade: **Wer** ist der Hinterleger? Schaden, welcher durch Zufall entstanden ist, braucht der Aufbewahrer nicht zu tragen, aber er muß nachweisen, daß dies die Ursache des Schadens gewesen ist. Art. 1480 B. G. (casum sentit dominus.)

### 6. Verlust oder Diebstahl des Scheines.

Verlust oder Diebstahl des Scheines steht **nicht** auf einer Linie mit dem Verlust oder dem Diebstahl der Waare. Mithin kann der Verlierer bei dem Aufbewahrer vindiziren, welcher ihn nicht mit dem Einwand abweisen kann: Schein und Gut sind eins, also erhole dich an dem (vielleicht unauffindbaren) Inhaber des Scheines.

Dieser Punkt ist mit großer Klarheit zur Sprache gekommen in einem wichtigen Prozesse bei dem Amsterdamer Bezirksgerichte, welchen die Herren E. N. **Rahusen** und C. A. **Cosman** geführt haben. Eine Amsterdamer Firma, welche sich darüber beklagte, daß ihre deponirte Waare heimlich verschifft worden sei, vindizirte sie von der Briessen-Innung. Sie wollte der Innung gewisse Beweisfragen vorgelegt haben und behauptete, daß letztere schlüssig seien. Das Gericht wies sie durch Entscheidung vom 23. Dezember 1881 mit folgender Motivirung ab: „Daß nach Handelsbrauch die Auslieferung eines Lagerscheins die Auslieferung der Güter bedeutet und der Besitz des Lagerscheins den Besitz der Güter darstellt, woraus folgt, daß der Zucker, auf den die Klägerin ein Recht zu haben glaubt, kraft des ausgehändigten (auf den Inhaber gestellten) Lagerscheins in den Händen des Inhabers des Lagerscheins und nicht der Beklagten (der Innung) sich befindet.

„Daß also die Vindikation des Zuckers gegen die Beklagte (die Innung) nicht erfolgen kann."

In den weiteren Instanzen[105]) verschwand die Rechtsfrage, weil entschieden wurde, daß die **thatsächliche Grundlage**: das heimliche Wegführen weder Diebstahl noch Verlust sei. Schlimm genug für Diejenigen, welche eine prinzipielle Endentscheidung in jure

---

ist und der dessen Werth oder etwas Anderes an dessen Stelle erhalten hat, muß das Empfangene dem Hinterleger herausgeben."

[105]) Urtheile im „Rechtsgelehrten-Beiblatt" 1883 A. 186; Entsch. d. App.-Ger. vom 12. Januar 1883 W. 4977; „Rechtsgelehrtes-Beiblatt" 1883 A. 188; Entsch. des Hohen Raths 29. Juni 1883 W. 4929.

dringend erhofft hatten. So geht es uns: notre grandeur est attaché au rivage.

Die Ansicht des Bezirksgerichts halte ich für unbegründet, und habe diese meine Ansicht oben begründet.[106]) Wenn man nicht geradezu behaupten will, daß Waare gleich Papier ist, dann scheint mir bei aller Achtung der oben gedachte Satz eine durch nichts gerechtfertigte „Prinzipienreiterei".

### 7. Amortisation.

Verlust des Lagerscheins oder Warrants muß, nach erfolgter Ankündigung und nach Erfüllung der Formalitäten, entweder Veranlassung zur Amortisation (Kraftloserklärung) geben, oder zu dem Wunsche nach Aushändigung eines Duplikats. Zu diesem Zwecke führe man entweder einen Amortisationsprozeß ein, oder lasse den Richter verfügen gegen gehörige Bürgschaft zur Sicherheit des Verwahrers gegen Ansprüche (arg. Art. 163 H.G.B.). Die Amortisation kann geregelt werden nach dem (durch Gesetz vom 2. Mai 1851, Staatsblatt 26, erweiterten) Gesetze vom 30. Mai 1847 Staatsblatt 26 betreffend Verlust durch Abhandenkommen von Schuldscheinen des Reiches, natürlich nur mit Beschränkungen. Der zehnjährige Termin würde hier einer Rechtsverweigerung gleichkommen. Auch die Sicherheit muß cum grano salis bestimmt werden, wenn nicht das Opfer das dingliche Recht ganz werthlos machen soll.

Bei dem Standpunkte der eben erwähnten Entscheidung könnte die große Frage allerdings nicht auftauchen. Denn Verlust des Lagerscheins wäre praktisch Verlust der Waare. Auch rechtlich könnte ich dieses Resultat nicht zusammenreimen mit Art. 1940 B.G.

### 8. Verjährung.

Umgekehrt muß die Verjährung zu Gunsten des Verwahrers geregelt werden. Letzterem muß, nach Aufruf des (abwesenden) Inhabers, das Recht zum Verkaufe, zur Konsignirung des Erlöses und schließlich Befreiung von jeder Klage gewährt werden. Die Frist der Verjährung zu seinen Gunsten wird gleich bemessen werden müssen derjenigen der Verjährung seiner Verbindlichkeit (im Falle des Verlustes).

---

[106]) Oben S. 329.

### §. 4. Besitz für den Käufer und Geldgeber.

In der äußerst lesenswerthen Polemik über Warrants, welche zwischen den Herren d'Aulnis und Heemskerk ausgefochten wurde, ist dieser Punkt zur Sprache gebracht worden, aber nach meiner Ansicht nicht zu seinem Rechte gekommen.[107])

Die Sache ist folgende:

Grundregel in Sachen des Besitzrechts ist der Satz des Paulus in der l. 5 §. 1 D. 41, 2.

Dieses Fragment lautet:

„Ex contrario plures eandem rem in solidum possidere non possunt; contra naturam quippe est, ut, quum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris. Sabinus tamen scribit, eum, qui precario dederit, et ipsum possidere, et eum, qui precario acceperit. Idem Trebatius probabat existimans, posse alium juste, alium injuste possidere; duos injuste, vel duos juste non posse; quem Labeo reprehendit, quoniam in summa possessionis non multum interest, juste quis, an injuste possideat; quod est verius; non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris."

Mit dem Zusammentreffen von justa und von injusta possessio haben wir nichts zu thun. Läßt man diesen Fall weg, dann erklären **alle** Juristen (Paulus, Labeo, Trebatius), daß die justa (oder die injusta) possessio der nämlichen Sache unmöglich bei zwei Personen sein kann.

Jenen schließt sich Ulpian an in der l. 3 pr. D. 43, 17:

„Si duo possideant in solidum, videamus, quid sit dicendum; quod aliter procedat, tractemus. Si quis proponeret possessionem justam et injustam; ego possideo ex justa causa, tu vi, aut clam; si a me possides, superior sum interdicto, si vero non a me, neuter nostrum vincetur, nam et tu possides, et ego."[108])

Nur hüte man sich vor dem Mißverständnisse, daß die Regel

---

107) Themis S. 423, 489.

108) Ueber die Auslegung dieser Stelle vergl. Coninck Liefsting S. 122.

der klassischen Juristen (Paulus, Labeo, Trebatius, Ulpianus sich auf den Mitbesitz derselben Sache beziehe.[109])

Man meine auch nicht, daß detentio in solidum zweier oder mehrerer Personen nicht angängig sei.

Einige Worte über letzteren Punkt. Der Detentor besitzt offen für einen Anderen. Wenn mit meiner Zustimmung verschiedene Personen hinter einander und auf eigene Verantwortung mein Buch sich gegenseitig leihen, so haben wir $^1/_2$ Dutzend detentores in solidum der nämlichen Sache.

Die Regel bezieht sich also auf possessio civilis, und gilt dafür ausschließlich. Letztere wird in solidum für dieselbe Sache von allen klassischen Juristen (es wird gleich klar werden, warum ich darauf Gewicht lege) für unmöglich erachtet.

Es ist meines Erachtens auch völlig unrichtig, wenn Jhering[110]) behauptet, daß das römische Recht diese Regel dadurch preisgegeben habe, daß es dem Nutznießer und dem Eigenthümer die possessorischen Klagen gewährte. Hier ist gerade nicht die Rede von der nämlichen Sache. Der juris possessor wird geschützt in seinem jus (der Nutznießung), der rei possessor in seiner res (dem Eigenthum), was zwei verschiedene Dinge sind.

Nun aber fällt unser kaufmännischer Verwahrer, wo Doppelscheine bestehen, gerade in das Gebiet dieser Rechtsregel.

Der Verwahrer ist (wenn meine Ansicht richtig ist) possessor civilis. Sonst könnte er aus eigenem Recht weder dem Käufer, noch dem Geldgeber die juris possessio übertragen.

Was sieht man daraus?

Nicht allein, daß zwei Personen dieselbe Sache besitzen können, wie es der Käufer und der Pfandgläubiger jeder für sich mittelst des Verwahrers thun. Man sieht vielmehr weiter, daß der Verwahrer für zwei Personen mit direkt entgegengesetzten Interessen besitzen kann.

Mit Bezug auf den Verkäufer — Deponenten — ist der Verwahrer possessor civilis. Auch der Verkäufer muß den Schein

---

[109]) Vergl. Coninck Liefsting S. 361 ff., mit dessen Kritik der entgegenstehenden Jurisprudenz bei uns ich vollkommen einig gehe.

[110]) S. 137.

vorlegen, wenn er aufs Neue den Vollbesitz seiner Sache erlangen will. Thut er es nicht, so kann er die Waare nicht bekommen, es sei denn durch Ausübung seines Exekutionsrechts, oder seines droit de suite (Verfolgungsrecht). Mit der Besitzfrage haben diese beiden Rechtsmittel nichts zu schaffen. Das Exekutionsrecht fängt erst an, wenn nach Ablauf der Zeit (oder bei früherem Konkurs) der Verkäufer in Verzug gekommen ist. Das Verfolgungsrecht fragt ebensowenig nach Besitz, auch nach vollzogener Tradition wird es gewährt. Die Thatsache, daß die Waare deponirt ist, macht es nur dem Verkäufer — Deponenten — leichter, den beschränkenden Bestimmungen der Art. 232[q]) oder 244 des H.-G.-B. hinsichtlich der Exekution aus dem Wege zu gehen.

Gleichzeitig aber besitzt der Aufbewahrer für den Geldgeber, der die Waare beliehen hat, und besitzt der Verwahrer für den Käufer, dem übergeben ist. Und für Beide ist der Besitz ex justa causa. Das ist unmöglich nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, welche auch in unserem Rechte gelten, welches in dieser Beziehung bei dem römischen in die Schule gegangen ist. Mit der obigen Unterscheidung zwischen rei und juris possessio kann man hier nicht helfen. Beide Personen, der Käufer und der Geldgeber, wollen die Waare, nicht die Scheine.

Hier kommen wir nicht aus der Verlegenheit, außer wenn das Gesetz durch ausdrückliche Bestimmung diese Schwierigkeit aus dem Wege räumt. Mit anderen Worten, der Doppelschein ist juristisch unmöglich, wenn das Gesetz ihn nicht legitimirt mit Rücksicht auf das Bedürfniß des Verkehrs und innerhalb der Grenzen dieses Bedürfnisses.[111])

---

q) Art. 232 des holländ. H.-G.-B. lautet in Uebersetzung: „Kaufmännische Waaren, welche auf Zeit oder ohne Zeitbestimmung verkauft sind, können vindizirt werden, wenn sie noch unterwegs sind, sei es zu Lande, sei es zu Wasser, oder wenn sie sich in natura im Besitz des Falliten oder eines Dritten befinden, welcher sie für letzteren besitzt oder bewahrt. In beiden Fällen kann aber die Vindikation nur erfolgen binnen einer Frist von 30 Tagen, beginnend mit dem Tag, an welchem die Waaren in den Besitz des Falliten oder des Dritten gekommen sind."

[111]) Man achte auf diesen durchaus nicht gleichgültigen Zusatz, hierüber später.

Besteht noch ein anderer Ausweg? Es sind zwei vorgeschlagen, allerdings nicht im Hinblick auf unser Thema, aber doch hierauf anwendbar. Prüfen wir sie.

### a) Ihering's Lehre.

Ihering wirft einfach, oder eigentlich nicht einfach die ganze Besitzlehre über Bord. Ueber diese Behauptung mag man sich wundern, meine Schuld ist es aber nicht, daß man sie aufstellen muß.

Es ist ein wunderliches Buch, dies letzte Werk von Ihering. Pour un livre révolutionnaire c'est un livre révolutionnaire. Nicht weil es ein kühnes Buch ist, damit kann man sich schon versöhnen, ich vor allem. Aber es ist eine Kriegserklärung ohne casus belli.

Wir Alle wissen, denn es ist uns auf jede denkbare Weise eingeprägt, daß man Besitz erwirbt, behält, verliert: corpore et animo.

Ihering will dieser Regel ein Ende gemacht wissen. Warum will er das?

Um Platz für seine Definition des Besitzes zu schaffen, welche letztere lautet: „Besitz ist das thatsächliche Verhältniß der Person zur Sache, welches durch den Zweck ihrer wirthschaftlichen Verwendung geboten ist.“ [112])

Und was nöthigt ihn dazu?

Ein rechtsphilosophischer Grund. Er faßt jedes Recht auf als Utilitätsbegriff, versucht dies in seinem vorausgegangenen Werke [113]) zu beweisen und betrachtet seine nunmehr vorgetragene Besitzlehre als Muster dieses, wie er sagt, [114]) schon im römischen Rechte festgehaltenen Zweckes.

Ich habe zwei Bedenken. Der Utilitäts-Begriff für das Recht taugt nichts — das ist das eine. Ihering hat, was die Besitzlehre angeht, seinen „Zweck“-Begriff in das römische Recht hinein —, nicht ihn herausinterpretirt — das ist das zweite.

---

112) S. 481.

113) Der Zweck im Recht: I (Leipzig, 1877.) II (Leipzig, 1883).

114) S. 531.

Ueber den ersten profanen, jedes Recht entweihenden Ausgangspunkt hier nur ein Wort. Mit dem Utilitarismus kann man auch den Materialismus, seinen Zwillingsbruder, aufmuntern. Des Menschen und der Menschheit köstlichstes Gut: Das Ideal, kann man damit gegen die Angriffe der rohen Welt oder des platten Egoismus nicht schützen. Persönliche Absichten nützen nichts. Die Gedanken haben ein eigenes Leben. Die Gedanken aber, welche Bentham und Ihering verkündet haben, stehen wie Wasser und Feuer denen des Meisters gegenüber, der vor Allem und über Allem in der ganzen menschlichen Ordnung das Ideal erkannte und geachtet sehen wollte. Wie immer auch geformt, gewendet und aufgeputzt, diese Richtschnur der Utilitaristen leitet auf ein Vitium primae formationis. Niemals kann sie sich messen mit dem erhabenen idealistischen Gehalte, den Kant jener Richtschnur zu geben wußte. Das Recht muß heraus aus der Sphäre der Finalität, welche es zum Werkzeuge macht, sonst geht es in dem Kampfgetümmel seiner Angreifer rettungslos zu Grunde. Ein Mittel giebt es nur, um dem ohne Mühe zu entgehen. Nämlich, daß man das Ideal dem Schutze der Kirche anvertraut, und dieses Mittel macht sich Ihering denn auch zu Nutze![115])

Auch mein zweites Bedenken deute ich nur kurz an. Die vollständige Unfruchtbarkeit jedes utilitaristischen Strebens auf dem Rechtsgebiete tritt dabei noch klarer in den Vordergrund.

Welche Mittel wendet Ihering an, um das eben erwähnte corpore et animo, das Vermächtniß der römischen Besitzauffassung, auch aus unserem Gesetze (vgl. Art. 585 B. G.) zu beseitigen?

Kein anderes als dies: Er versucht zu beweisen, daß Paulus mit dieser Lehre allein stand, weil er das römische Recht gar nicht kannte. Paulus soll auf dem Rechtsgebiet ein Orlando furioso sein, ein „wüster Fanatiker im Konstruiren".[116]) Ist dem so, dann

---

115) „Ich bemerke, daß ich mich, was den Unterschied von Recht und Moral anbetrifft, zu der Ansicht von Stahl, Rechtsphilos. 2. Aufl. Bd. II Abth. 1 S. 161, bekenne." So Ihering in seinem „Geist des Röm. Rechts" Th. II Abth. 1 (Leipzig 1866) S. 46 Anm. 34. Dieses Glaubensbekenntniß, wenn es auch in einer Anmerkung verborgen ist, kennzeichnet die Richtung Ihering's.

116) S. 274.

hatte das klassische Rom deren wenigstens 4, denn wir sahen oben, in welcher Gesellschaft er sich befindet.

Den „corpus“ greift Ihering an,[117]) weil er das „Detiniren“ in der allersinnlichsten Bedeutung auffaßt. Wie es verstanden werden muß, sehe man bei Kappeyne.[118]) Verlangt man den Beweis, daß ich Ihering nicht Unrecht thue? In der l. 3 § 11 D. 41. 2 sagt Paulus: Saltus hibernos aestivosque animo possidemus, quamvis certis temporibus eos relinquamus. Und was bemerkt Ihering hierzu? Daß man einmal versuchen solle, im Winter seine Macht über die Büsche geltend zu machen. Man würde Hals und Beine dabei brechen.[119])

Ihering scheint also zu meinen, daß man nach der Annahme seiner Theorie nicht mehr ausgleiten werde — was einen überraschenden Zusammenhang der Jurisprudenz mit dem . . . . Glatteise vermuthen läßt.

Der „corpus“ bleibt also aus der Besitzlehre weg. Und der „animus“ kann erst recht wegbleiben. Auf den animus ist Ihering am schlimmsten zu sprechen. Um dies zu beweisen, müßte man sein ganzes Buch abschreiben. Savigny's Meisterwerk wird mit folgender Bemerkung abgethan:

> „Als Savigny sein Werk über den Besitz schrieb, war er ein junger Mann, dem man den gänzlichen Mangel an praktischer Anschauung, von dem dasselbe die unwidersprechlichsten Zeugnisse ablegt, nicht hoch wird anrechnen können.“[120])

Ist aber nicht auch noch die 6. Ausgabe seines Besitzrechts von Savigny besorgt worden, ohne daß er an den Grundlagen etwas veränderte? Diese lästige Thatsache beseitigt Ihering mit der Anmerkung:

> „Aber befremdend ist, daß auch der gereifte Mann nicht zur Erkenntniß seiner Jugendsünden gelangte.“[121])

Dieser Ausdruck „Jugendsünden“ — mancher würde seinen kleinen Finger darum geben — ist unbezahlbar. Warum sagt

---

117) S. 477.
118) Zitirt bei Coninck Liefsting S. 366 Anm.
119) S. 481.
120) S. 177.
121) S. 177.

Jhering nicht gleich: Als Jüngling war Savigny unerfahren, als Mann war er kindisch?

Nun ist aber inzwischen die 7. Ausgabe des Savigny'schen Buches nach dessen Tode von Rudorff besorgt worden, und zwar wieder ohne Aenderung der Grundlagen. Wie findet sich Jhering damit ab? Nichts ist einfacher. Rudorff, der sich herausnahm, die römische Beweislehre in Sachen des Besitzrechts klar zu legen, muß mit Folgendem vorlieb nehmen:

> „Ich kenne in unserer ganzen Literatur kein zweites Beispiel einer so vollendeten Konfusion und Gedankenlosigkeit, ja ich kann nicht anders sagen, unverantwortlichen Lüderlichkeit im Denken, wie es Rudorff hier auf drei Seiten fertig gebracht hat; es hat mir dabei stets das Bild eines Kindes vor Augen geschwebt, das sich an eine Uhr macht, die seiner Meinung nach nicht richtig geht, um das Uhrwerk wieder in Ordnung zu bringen.“ [122])

Meine Schwäche für Titel ist nun nicht groß. Aber ich muß doch die Titel von Rudorff hier abschreiben, sonst könnte man meinen, daß ein Schuljunge so abgekanzelt wird. Rudorff war Königlich Preußischer Geheimer Justizrath, ordentlicher Professor der Rechte zu Berlin und ordentliches Mitglied der Akademie der Wissenschaften daselbst. Es ist wirklich nicht zu wünschen, daß die Ausdrucksweise Jhering's in wissenschaftlichen Arbeiten Sitte werde.

Also aus der Formel: corpore et animo ist der corpus weg und der animus weg. Es bleibt übrig et — eine wahre Trauerweide, — triste exilé sur une terre étrangère — ein Messer, dem Klinge und Scheide fehlt.

Dieses et kann mir leid thun. Es hätte Besseres verdient. Es weiß zu erzählen von einem zweitausendjährigen ununterbrochenen ungestörten, klaren und unzweifelhaften Besitz und Besitzrecht an seinen beiden unzertrennlichen Freunden: corpus da, animus hier. Denn von der klassischen Juristenzeit ab bis zu unseren Tagen hat, wo römische Rechtsbegriffe galten, kein Sterblicher an diesen beiden Elementen der Besitzlehre gezweifelt. Selbst der jüngste deutsche Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs läßt sie bestehen, wie wir

---

[122]) S. 187.

sahen — ein Umstand, über den Ihering sich sehr enttäuscht ausspricht.[123])

Nun aber, nach Ihering's Operation, steht unser et einsam und verlassen da, inmitten einer völlig neuen Umgebung. Es erinnert an so manche vom Rhein umspülte Ruine. Glücklicherweise hat es vorläufig keine so große Gefahr, und wird noch manche Welle den königlichen Strom herunterfließen, bevor Ihering's neue Theorie Eingang gefunden hat.

Man sagt: comparaison n'est pas raison. Aber im Hinblick auf Ihering's Regel: „durch das römische Recht, aber über dasselbe hinaus"[124]) möchte ich meinen: Revolution ist etwas anderes als Evolution. Will Ihering uns eine neue Besitztheorie schenken, so steht ihm dies natürlich frei. Aber dann datiren wir sie von ihm und müssen sie auf seine, wie ich gern anerkenne, nicht geringe Autorität stützen. Mit aller Energie und mit allem Nachdruck aber muß ihm das Recht bestritten werden, klare Gesetze einfach umzubringen, um das römische Recht mit sich selbst in Widerspruch zu setzen und in diesem angeblichen Schisma einen Schlupfwinkel für seine Lehre zu suchen.

„Besitz ist das thatsächliche Verhältniß der Person zur Sache, welches durch den Zweck ihrer wirthschaftlichen Verwendung geboten ist," sagt Ihering.[125])

Nichts kennzeichnet die Abwege, auf welche Ihering in Folge seines heillosen rechtsphilosophischen Ausgangspunkts gerathen ist, mehr, als die Art und Weise, wie er die Besitzlehre handhabt. Seine Frontveränderung enthält nicht mehr als 3 Regeln: „Woran soll denn der Besitz geknüpft werden? An das Moment, worauf allein seine Bedeutung beruht: an das wirthschaftliche."[126])

Er wird sich nicht bewußt, daß er sich damit außerhalb des Gebiets, der Methode, des Kreises der Rechtswissenschaft stellt. Man höre nur seinen naiven Vorwurf: „Ich erinnere mich nicht, bei Savigny auch nur ein einziges Mal dem Worte wirthschaftlich begegnet zu sein, ebensowenig bei Allen, die in seine Fuß-

[123]) S. 491.

[124]) Geist a. a. O. I. S. 14.

[125]) S. 481.

[126]) S. 481.

stapfen getreten sind."[127]) Das will ich allerdings glauben, und die Verwunderung von Jhering darüber beweist nur, wie sehr er in seinem Utilitarismus bereits gefangen ist.

„Wirthschaftlich" in diesem Zusammenhang ist nicht ein Wort, welches erklärt, sondern welches erklärt werden muß, und zwar rechtlich erklärt werden muß, und zwar so, daß diese Erklärung die historische und dogmatische Prüfung bestehen kann. Daß Jhering diese so elementare Wahrheit nicht merkt, und selbst für seine trouvaille von der wissenschaftlichen Welt Oktroi verlangt — was er in der That vom In- und Ausland fordert[128]) — würde humoristisch wirken, wenn es nicht in so hohem Grade bedenklich wäre.

Man denke sich einen Laien, einen Vertheidiger des Doppelscheins, dem die Frage vorgelegt wird: „Also muß das Lagerhaus immer sowohl für den Käufer als für den Vorschußgeber besitzen?"

Die mehr oder weniger verwunderte Antwort wird lauten: „Natürlich." Das kann auch unserem Laien nicht übel genommen werden. Der Mann vergißt, daß er mit seinem „natürlich" das Resultat einer uralten Rechtsentwickelung wiedergibt, die eben auch auf ihn ihren unwiderstehlichen Einfluß ausgeübt hat. Er liest einfach die Zeit von dem Zifferblatt ab, und denkt nicht an das Uhrwerk, dem die Zeiger gehorchen, nicht an das Recht, welches sicher und methodisch die menschlichen Verhältnisse regelt. Jene aber sind Juristen, jene haben mit dem Uhrwerk zu thun, und Savigny, Rudorff und tutti quanti thun nur ihre Pflicht, wenn sie sich nicht um das Zifferblatt, sondern um das Uhrwerk bekümmern. Sie thun ihre Pflicht, wenn sie nicht, wie der Laie, bei der Thatsache stehen bleiben, diese Thatsache eine „wirthschaftliche" nennen, und im Uebrigen sich um nichts kümmern, sondern wenn sie nicht ruhen, bis diese Thatsache sich eingefügt hat in das Rechtssystem. Dafür verdienen sie nicht derartige Ausfälle, wie sie Jhering sich gegen Rudorff erlaubt,[129]) weil dieser nach

[127]) S. 487.
[128]) Vorrede VII.
[129]) S. 187; oben S. 342.

dem Uhrwerk sah, sondern den Dank von Jedem, der unsere edele Wissenschaft über alles liebt. Daß Jhering alles dies nicht begreift, daß er, der es besser wissen könnte, sich freiwillig auf den Standpunkt des soeben gekennzeichneten Laien stellt, macht sein Buch gefährlich — für die, die keine Widerstandskraft haben.

Früher hatte dieser Utilitarismus nicht so freies Spiel, wie jetzt. Ich erlaube mir das in Erinnerung zu bringen, was einst ein deutscher Jurist gegen Windscheid schrieb:

> „Mit einem einfachen Wegwerfen der römischen Konstruktionen ist es jedoch nicht gethan — eine Bemerkung, die ich namentlich gegen Windscheid richte. Wollten wir seinem Beispiel folgen, wir würfen nicht bloß die römische, sondern die Jurisprudenz überhaupt über Bord. In seinem Aufsatz über die hereditas jacens wundert er sich, wie man sich doch abmühen könne, der hereditas jacens eine vermögensrechtliche Persönlichkeit anzudichten; es sei ja Alles so einfach, die Rechte dauerten fort, der Begriff des Vermögens reiche vollkommen aus. Dies ist — mein verehrter Freund verzeihe mir — das Raisonnement eines Laien und um nichts besser, als wenn Jemand sich wundern wollte, was doch die Naturforscher sich abmühen, das Brennen eines Lichts zu erklären; es sei eine Thatsache, was man mehr wolle? Entweder begnügen wir uns mit den bloßen Thatsachen überall, d. h. wir verzichten auf jede Jurisprudenz, oder aber wir suchen die Thatsachen auf Begriffe zurückzuführen. Im letzteren Fall aber liegt in den Begriffen, die wir einmal haben, etwas Obligatorisches."

Der Schreiber dieser Zeilen ist — Jhering.[130])

Nunmehr wird dieser Divergenzpunkt zwischen mir und Jhering klargestellt sein.

Wir wollen Beide auf die Forderungen, auf das Bedürfniß des Verkehrs Gewicht gelegt haben, aber unsere Methode ist verschieden, und hiermit auch die Art und Weise und das Maß dessen, wovon wir glauben, daß es der Verkehr zulassen werde. Jhering sagt: Das Bedürfniß prius, das Recht sekundär. Nach meiner Ansicht

---

[130]) Jahrbücher f. d. Dogmatik des heut. röm. und deutschen Privatrechts. (Jena 1857) I S. 28 Anm. 9.

aber muß die Sache gerade umgedreht werden. Der Entwicklung dieser in ihren Konsequenzen ungemein weit reichenden Auffassung muß ich mich hier enthalten.[131])

Auch ich frage also nach dem Bedürfniß, aber zuerst frage ich nach dem Recht, indem ich mich dabei anschließe an die dogmatische Entwicklung unserer Rechtsbegriffe, indem ich mich ihrer bediene, wenn und soweit es angeht. Ihering glaubt dieses Letztere sparen zu können, weil sein „Zweckbegriff" ihn dieser Mühe enthebt.

### b) Rechte an Rechten.

Der Zusammenhang dieses Punktes mit unserem Thema ist folgender:

Die Natur des Pfandrechts ist besonders in neuerer Zeit der Gegenstand großer Meinungsverschiedenheit.

Aber Alle sind darüber einig, das Pfandrecht verleiht:

1. dem Pfandgläubiger das Verfügungsrecht;
2. das Recht, sein Pfandrecht gegen Jeden zu verwirklichen.

Nicht Alle aber geben zu, daß hierdurch das Pfandrecht den Charakter eines dinglichen Rechtes erhält.

Dies ist, was das Pfandrecht an körperlichen Sachen betrifft, ein einfacher Schulstreit, auf den wir uns hier nicht weiter einlassen. Ich habe jetzt nicht die Zeit, in die akademische salle d'escrime einzutreten, wenn ich auch gerne allen denen meinen Gruß entbiete, die dort den Degen führen.

Anders ist es aber, wenn die Rede ist von einem Pfandrecht an Forderungen, das heißt an unkörperlichen Sachen. Hier müssen die beiden obigen Kriterien stets vorhanden sein, sonst besteht das Pfandrecht nicht.

Wie soll man aber bei Forderungen die Existenz dieser Kriterien erklären?

Bremer antwortet: Indem man das Pfandrecht, und zwar immer, als ein Recht an Rechten auffaßt. Der Inhalt des Pfandrechts (zwischen Gläubiger und Schuldner) wäre dann bei

---

[131]) Angedeutet sei hier lediglich: deshalb nach meiner Ansicht ein besonderes Handelsrecht; deshalb keine Jury in Civilsachen und keine Schöffengerichte u. s. w. Tout cela se tient, s. die Anm. 111 oben S. 338.

körperlichen Sachen: Pfandrecht am Eigenthumsrecht, bei unkörperlichen: Pfandrecht an einem Forderungsrecht.

Diese Lehre wird von einer Menge von Schriftstellern bestritten. Sie sehen in dem Pfandrecht an Forderungen eine Cession des Schuldners an den Gläubiger. Besonders Exner hat gegen Bremer Stellung genommen. Von da an wird auch die Lehre von der Cession von ihren Vorkämpfern auf verschiedene Weise dargestellt. Diesen Punkt können wir hier dahingestellt sein lassen.[132])

Nach meinem Standpunkt ist dieser ganze Streit (über das Pfandrecht an Forderungen und seinen Inhalt im Verhältnisse zwischen Gläubiger und Schuldner) eine res inter alios. In Bezug auf den Lagerschein adoptire ich die Besitztheorie, wie wir sahen. Hierdurch wird das Pfandrecht an dem Schein ein Pfandrecht an einer körperlichen Sache, nämlich an der Waare mittelst des Scheines. Ich bin also berechtigt, den Schriftstellern, die über das Pfandrecht an Forderungen schreiben, zu sagen: Euer Thema, so interessant es sein möge, berührt mich nicht. Arrangez-vous ensemble.

Dazu sind nicht berechtigt die Vorkämpfer der Lehre, daß das Forderungsrecht an den kaufmännischen Verwahrer oder Schiffer einen obligatorischen Charakter habe. Man erinnert sich, daß diese Lehre, hinsichtlich des Konossements, bei uns von A. Polak vertheidigt wird. Hier wird das Pfandrecht an dem Lagerschein oder Konossement ein Pfandrecht an einer Forderung. Mithin müssen sie dieses Pfandrecht juristisch klarstellen.

Völlig ohne Interesse bin ich auch nicht bei der Frage: Wie ist ein Pfandrecht an Forderungen möglich? Dieses Interesse wird klar werden, wenn ich später den Springregreß vertheidigen werde.

Der Springregreß bringt nämlich eine wirkliche Forderung in das Gebiet des Pfandrechts. Die Forderung ist die durch keinerlei

[132]) Bei uns wird das Pfandrecht an Forderungen schwerlich unter den Gesichtspunkt der Cession gebracht werden können. In der Entsch. des „Hohen Raths" vom 18. Januar 1889 (Magazin des Handelsrechts N. F. 1889 I. S. 186) heißt es: „daß die Behauptung, daß das Pfandrecht an Forderungen die unbedingte Befugniß verleihe, als Cessionar die Forderung einzuziehen, direkt gegen die Natur jenes Rechtes und gegen Art. 668 B.G. verstößt."

dingliches Recht gedeckte Forderung des Defizits, sei es von dem früheren Verpfänder, sei es von dem späteren Käufer des Lagerscheins. Leugnet man also die Möglichkeit eines Rechtes an Rechten, dann müßte auch ich mich gegen diese Angriffe wahren. Sonst wird daraus eine Waffe gegen den Springregreß geschmiedet. Ich will also nicht länger potius uti spectator quam uti actor im Fechtsaal bleiben.

Jene Möglichkeit ist nun Bremer gegenüber (den ich zur Hilfe rufe) ernstlich geleugnet worden. Diese negirende Ansicht hat nach meiner Ansicht bei uns D. E. Lioni in seiner scharfsinnigen und klaren Dissertation am besten vorgetragen.

Lioni hält Umschau über die juristischen Konstruktionen der Verpfändung von Forderungen. Bremer's Theorie müsse er, wie er sagt, „mit Nachdruck bestreiten, weil sie mit der unhaltbaren Grundlage fallen müsse, auf welcher sie beruht.“[133])

Was ist diese Grundlage?

Lioni bezeichnet sie folgendermaßen: „Ein Recht besteht nicht, wie die Gegenstände, die wir um uns sehen, in Wirklichkeit; es ist eine Abstraktion, wir denken es uns nur.

Wie ist es nun denkbar, daß ein solches ideelles Verhältniß selbst wieder der Gegenstand einer Herrschaft sein kann, und noch dazu in der nämlichen Weise, wie eine körperliche Sache? Es ist mir nicht möglich, diesen Begriff zu fassen.“[134])

Man sieht, hier hängt die naive (unphilosophische) Lebensanschauung an dem Worte. Wirklichkeit: nur bei den Gegenständen, die wir um uns sehen (berühren, riechen) können. Abstraktion bei allem Uebrigen. Wenn er nur wüßte, wie bitter wenig seit Kant von der Wirklichkeit übrig geblieben ist! Wie, wenn nun auch das wirklichste der „Wirklichkeit“ Abstraktion wäre?

Und nun die Abstraktion — das, was wir uns „nur“ denken. Wenn ich etwas nicht fasse, so ist es der Einwand, der hieraus entnommen ist.

Wir athmen, wir arbeiten, wir existiren (in sozialem Sinn) in und mit Abstraktionen. Versuche man es einmal, uns dieses zu

---

[133]) S. 20.
[134]) S. 107.

nehmen. Was den Menschen von dem Thiere, den Gebildeten von dem Wilden unterscheidet, ist die Existenz, der Grad, die Richtung, die Dauer, die Intensität des Abstrahirungsvermögens. Recht als objektive Rechtsordnung oder als subjektiver Anspruch, Pflicht als antonomer Herrscher oder als konkreter Zwang — das ist alles Abstraktion. Lauter Abstraktionen sind sämmtliche Beziehungen, in denen wir leben: Alles, ohne Unterschied. Sind sie deshalb werthlos, ohne Inhalt und ohne Gehalt? Oder haben sie fühlbare, drückende, treibende und deutlich nachweisbare Realität? Sogar der grobsinnliche Materialismus, der Herrn Lioni völlig fremd ist, braucht diese Abstraktionen, weil er sich ohne sie nicht rühren kann. Sogar die Lehre, die den Gegensatz zu Realität und Abstraktion ganz aufhebt, Berkeley's Phänomenalismus, erkennt, achtet, verkündigt das gute Recht der Abstraktion im weitesten Sinn. —

Und was setzt Lioni an die Stelle der Abstraktion?

Einen Ausruf der Verzweiflung, die Resignation der Rechtswissenschaft: „Warum deduzirt man nicht einfach folgendermaßen: Wie körperliche Sachen, sind auch Forderungen zum Zwecke der Sicherung zu gebrauchen. Dadurch entsteht allerdings kein Pfandrecht im technischen Sinne dieses Wortes, womit man das aus der Verpfändung einer körperlichen Sache entstehende Rechtsverhältniß bezeichnet, aber der Pfandgläubiger erhält doch ein Recht, welches ihm ebenso große, wenn nicht größere Sicherheit verschafft. Wenn wir nur wissen, welche Befugnisse den drei Personen, welche hierbei vorkommen, von dem Verkehr und der Rechtsordnung zugetheilt werden, was macht es uns dann aus, wie wir das Rechtsverhältniß nennen?“ [135])

Was es uns ausmacht? Einfach das, ob sich die Rechtswirthschaft fallit erklären und einen Kurator bekommen soll. Denn letzteres dürfte wohl nicht ausbleiben. Das verlassene Besitzthum des Rechtes muß, es koste, was es will, verwaltet werden, da ja eine gewisse Regelmäßigkeit nun einmal nicht zu entbehren ist. Und wißt ihr, zu wem man als Kurator seine Zuflucht nehmen wird? Zu dem Sich-Wenden nach den Umständen des Falles, zu dem

---

[135]) S. 115.

Handeln pro re nata, zu dem Arbeiten mit Begriffen, mit einem Worte zu dem „Utilitarismus“, welcher in die Uniform des „Zweckbegriffs“ eingekleidet ist. So reicht Lioni Jhering die Hand, und zwar meiner Ansicht nach ohne es zu wollen. Der Besitz des Letzteren: Thatsache, nichts als Thatsache. Das Pfandrecht des Ersteren: Allerlei Beziehungen ohne Kern, gruppirt um eine Thatsache, die man nicht näher bezeichnen kann. Die in die Flucht geschlagene Abstraktion, die Abstraktion, die denn doch ein „Gedankending“ ist, um an ihre Stelle den Mangel jeden Denkens zu setzen!

Der deutsche Entwurf giebt denn auch Herrn Lioni Unrecht. Er erkennt ipsis verbis Pfandrecht an Rechten an (§ 1206 ff.). Er fordert Pfandbesitz auf Seiten des Gläubigers (§ 1147), er unterwirft das Pfandrecht an Rechten der allgemeinen Regel (§ 1206). Er bestimmt, daß das Pfandrecht an Rechten auf die nämliche Weise untergeht, wie das gewöhnliche Pfandrecht (§ 1216).

Von seinem Grundprinzip aus deduzirt Lioni weiter: Der Pfandhalter einer Forderung braucht (nach unserem Rechte) nicht zu besitzen.[136]) Völlig mit Unrecht nach meiner Ansicht. In erster Linie deshalb, weil das Gesetz, was für Lioni sicherlich ein Trost und eine Hülfe ist, nirgends für ein solches Pfandrecht eine Ausnahme statuirt. In zweiter Linie deshalb, weil wir nicht gegen das Gesetz konstruiren dürfen. Ein Pfandrecht ohne Besitz ist ein Rechtsverhältniß, welches das Gesetz nun einmal nicht will (Art. 1198 B. G.[r]).

## § 5. Retentionsrecht des Verwahrers.

Das Gesetz muß dem Retentionsrecht auch Wirkung gegen Dritte verleihen. Ein kurzes Wort beweise, daß dieser Punkt nicht so einfach ist, wie es scheint.

---

[136]) S. 228.

[r]) Die Alin. 2 u. 3 des Art. 1198 des Holländ. B. G. lautet in Uebersetzung: „Es (das Pfandrecht) ist nicht möglich an Sachen, die in der Macht des Schuldners oder Pfandgebers gelassen werden oder mit Willen des Gläubigers dahin zurückkehren.

Es erlischt, wenn das Pfand aus der Macht des Pfandhalters wegkommt.“

Nach römischem Recht ist das Retentionsrecht wegen des Aufbewahrungslohns und des Schadens, den die deponirte Sache angerichtet hat, ausgeschlossen. Der Depositar hat dieserhalb nur eine actio depositi contraria gegen den Deponenten.[137])

Unser Recht dagegen gewährt dem Aufbewahrer und dem Sequester ein Retentionsrecht wegen dieser Ansprüche (Art. 1766 B. G.), aber läßt es auch dabei. Die Folge davon ist, daß wir schon jetzt (bei unseren bestehenden Lagerscheinen) Unannehmlichkeiten genug haben können. Glücklicherweise braucht Jeder die Innungen, und geschieht also nicht, was geschehen könnte. Würde aber ein Lagerscheininhaber auftreten, der seinen Standpunkt durchsetzen will, dann läuft meiner Meinung nach die Innung große Gefahren, und zwar aus folgendem Grund:

Der kaufmännische Verwahrer hat zu fordern:

a) die Kosten der Verwaltung des Gutes (Verarbeitung des Getreides u. s. w.); hierfür hat er Retentionsrecht mit dem Privileg (Art. 1185 sub 4 [s]); 1766 B. G.);

b) Ersatz des durch die Aufbewahrung verursachten Schadens;

c) Entschädigung für die Aufbewahrung.

Für die beiden letzteren Posten hat er ein Retentionsrecht ohne Privileg (Art. 1766 B. G.).

Der Lagerschein ist verkauft. Der Verkäufer — Deponent — ist fallit. Der Käufer will B. und C. nicht bezahlen. A. bleibt immer ganz außer Frage (Art. 1185 sub 4 B. G.). Der Verwahrer will ohne Ersatz nicht ausliefern. Quid juris?

Die Frage, wenn sie richtig gestellt wird, ist:

Wirkt das Retentionsrecht (ohne Privileg) gegenüber einem Dritten ebenso wie ein dingliches Recht?

Man behauptet:[138]) Das Gesetz unterscheidet nicht. Dieses Argument läßt mich kalt. Es müßte vorerst festgestellt werden, daß es hätte unterscheiden müssen. Sonst könnte das Schweigen des Gesetzgebers ebenso gut dahin gedeutet werden, daß er selbst nicht

---

[137]) l. 11 C. 4. 34.

[s]) Art. 1185 sub 4 des holländ. B. G. lautet in Uebersetzung: „Ein Vorrecht an individuell bestimmten Sachen haben: . . . 4) die zur Erhaltung einer Sache aufgewandten Kosten."

[138]) Rechtsgelehrte Gutachten (Haag 1861) VI S. 132.

daran gedacht hatte, uns zu helfen, als es bedeuten kann, daß er es natürlich hat abweisen wollen.

Man folgert: Dies muß so sein, sonst wäre das Retentionsrecht illusorisch, unter Anderem, wenn der Deponent verkauft. Aus diesem Argumente folgt aber nur, daß das Retentionsrecht stark gemacht werden muß, nicht daß es stark ist. Es giebt noch mehr Stricke, die reißen, gerade wenn man sie nöthig hat.

Man bemerkt:[139]) Das Retentionsrecht steht mit dem Pfandrecht auf einer Linie, mit der Ausnahme, daß dieses Pfandrecht kein Verkaufsrecht gewährt. Man zeige mir eine gesetzliche Regel dieses Inhalts. Selbst der Schiffer muß löschen und kann nur jussu judicis verkaufen. Art. 487 ff. H.-G.-B.[t])

Ein dingliches Recht aus der Natur des Retentionsrechts abzuleiten, geht also schwerlich an. Es bestehen aber wichtige Gründe, Konnexität zwischen Retention und Forderung zu fordern, und deshalb die Retention gegen wirkliche Dritte auszuschließen. Gegen wirkliche Dritte: der Kurator des falliten Deponenten ist kein wirklicher Dritter. Er muß also sich das Retentionsrecht gefallen lassen.

Der Käufer des Lagerscheins ist aber ein wahrer Dritter, der ein selbstständiges Recht hat auf Grund des Scheines. Kann ihm das Retentionsrecht entgegengehalten werden? Zur Beurtheilung dieses Rechtsverhältnisses ist das allgemeine System nicht gleichgültig.

Was verkauft der Deponent? Mit der Antwort: die Waare, sagt man nichts. Man muß die Sache haben, also bekommen. Wie kommt der Käufer zu der Sache?

Wo römisch-rechtliche (in Deutschland gemeinrechtliche) Rechtsgrundsätze gelten, verkauft der Deponent die Vindikation, denn hier ist die Vindikation auch bei beweglichem Gute gestattet. Nun steht der vindicans gegenüber dem nudus detentor (Verwahrer). Diesem gegenüber ist er stark. Denn wendet der Detentor ein: ich habe einen Vertrag, so replizirt der vindicans (Käufer): nicht mit mir.

---

[139]) S. J. Hingst im handelsrechtl. Magazin II (1860) S. 42.

[t]) Art. 487 Alin. 1 des holländ. H.-G.-B. lautet in Uebersetzung: „Der Verfrachter oder Schiffer darf die Güter wegen der Fracht, der Unkosten und der (Beiträge zur) großen Haverei nicht an Bord behalten.“

Wo deutsch-rechtliche Grundsätze gelten (bei uns Art. 2014 B. G.), verkauft der Deponent das vertragsmäßige Recht: hier die actio depositi. Mehr kann er nicht verkaufen, denn mehr hat er selbst nicht. Denn hier ist die Vindikation beweglichen Gutes (es sei denn gestohlen oder verloren) nicht zugelassen. Mit anderen Worten: Der Deponent (Verkäufer) giebt seinem Schuldner (dem Verwahrer) einen neuen Gläubiger (den Käufer), das heißt, er novirt (Art. 1449 sub 3 B. G.). Dies kann er thun, denn der Verwahrer gab ihm, als er den Schein ausgab, diese Befugniß. Ein Vorbehalt der Retention auf dem Scheine würde als res inter alios nichts nützen (Art. 1376 B. G.)[u]). Die Wirkung der Uebertragung ist also Verlust aller Einreden, auch der exceptio doli, auf welche sich Hingst beruft, mit anderen Worten, der Retention (Art. 1455 B. G.). Nach unserem bestehenden Rechte kann also das (nicht privilegirte) Retentionsrecht gegen den Käufer nicht geltend gemacht werden.

Aber der Lagerschein, sahen wir, verleiht dem dritten Käufer ein direktes, selbständiges Recht. Ferner soll die Hypothese als Wirklichkeit gelten, welche wir oben vertheidigt haben: Der Detentor (Verwahrer) sei ein juristischer Besitzer, welcher sich gegenüber dem vindicans (Käufer) mit den possessorischen Klagen wehren und diesen nöthigen kann, petitorisch aufzutreten (Art. 613 B. G.).[v]) Dies würde für die Retention nichts nützen, denn es besteht a limine niemals Konnexität zwischen Retention und Forderung. Die Retention leitet ihren Ursprung von dem Vertrage zwischen Deponent und Verwahrer ab. Die Schuld dagegen entsteht direkt aus dem Scheine gegen den hierdurch Legitimirten. Folglich bleibt der Vorbehalt wegen der Retention eine res inter alios, welcher nicht gegen einen dinglich Berechtigten wirken kann, selbst wenn dieser (was nicht der Fall ist) hierbei Partei gewesen wäre.

Aber trotzdem wird er nützen, weil der petitorische Prozeß als

---

[u]) Art. 376 Al. 1 des holländischen B. G. lautet in Uebersetzung: „Verträge wirken lediglich unter den Kontrahenten."

[v]) Art. 613 Al. 1 des holländischen B. G. lautet in Uebersetzung: „Die Besitzklage kann gegen Jeden angestellt werden, welcher den Besitzer in seinem Besitze stört, selbst gegen den Eigenthümer, vorbehaltlich der petitorischen Geltendmachung der Rechte des Letzteren."

eine Drohung wirkt, die den Käufer (vindicans) zur Nachgiebigkeit stimmt. Mit dieser nebensächlichen Wirkung ist uns aber nicht geholfen. Resultat: auch de lege ferenda kann das (nicht privilegirte) Retentionsrecht gegen den Käufer nicht geltend gemacht werden, es sei denn, daß das Gesetz dieses Retentionsrecht ausdrücklich gewähre; quod erat demonstrandum.

Auch hier geht Ihering einen sonderbaren Weg. Wir sehen oben, daß nach römischem Recht eine Retention selbst zwischen Deponent und Depositar nicht gestattet ist. Wir wissen ferner, daß der deutsche Entwurf dem nudus detentor die possessorischen Klagen giebt. Der Deponent kann also als vindicans gegen den Verwahrer, als juristischen Besitzer, auftreten — jener die Sache fordernd, welche dieser ihm verweigert (vorenthält). Hier nun will Ihering wegen dieser Weigerung dem vindicans eine possessorische Klage gewähren, und zwar zögernd bei beweglichen, mit Entschiedenheit bei unbeweglichen Sachen. Beispiel des ersten Falles ist ein Depositum, bei dem es wegen des persönlichen Kredits auf rasche Rückgabe ankommt. Ein Beispiel letzterer Art ist die Miethe, bei welcher sofortige Räumung von großer Wichtigkeit sein kann.[140])

Dieser von Ihering gestattete Rechtsbehelf kommt mir unmöglich vor, und ich glaube, daß er wohlweislich vom deutschen Entwurfe verweigert wird. Was hier im Wege steht, ist nicht ein spezifischer Begriff des Besitzes, wie es Ihering glauben machen will,[141]) sondern die einfache, bürgerliche, hausbackene Regel, daß es Niemand erlaubt werden kann, in einem Athem ja und nein zu sagen. Niemandem, es sei denn, daß er mit dem Rechte nach Willkür umspringt.

Man stelle sich einmal vor, was Ihering verlangt. Der Vermiether eines Hauses hat durch Vermiethung den Miether, der Deponent einer Sache krafts des Vertrags den Verwahrer zum juristischen Besitzer gemacht (denn dies wird Miether und Verwahrer nach dem deutschen Entwurfe). Miethzeit und Aufbewahrungsfrist sind herum. Der Miether bleibt wohnen, der Verwahrer behält

---

140) S. 527.
141) S. 530.

die Verwahrung. Nun soll der Vermiether oder der Deponent, obwohl sie es äußerst eilig haben, in Erwartung ihrer Kontraktklage den Miether oder den Verwahrer wegen Vorenthaltung der Sache zunächst nur possessorisch belangen können. Das will nichts anders sagen, als: die durch den Vermiether oder Deponenten vertragsmäßig aufgegebenen possessorischen Klagen bleiben nichtsdestoweniger bei dem Vermiether oder dem Deponenten. Bei uns, wo dem Vermiether das Räumungsrecht gegeben ist (Artikel 1606 B. G., 41 Proz.=O.), geht dies noch an. Die Miether haben so wenig, wie die übrigen vertragsmäßigen Berechtigten, ein dingliches Recht bei uns.[142] Giebt man es ihnen aber einmal (deutscher Entwurf), dann ist es unmöglich, es ihnen eodem momento wieder vorzuenthalten.

Ihering fühlt diesen Einwand:

„Auf den ersten Blick scheint es einen Verstoß gegen die Grundidee des Besitzes zu enthalten, dem früheren Besitzer, der selber den Besitz an einen Anderen abgetreten hat, ein Besitzrechtsmittel auf Wiedererlangung desselben einzuräumen. Durch eigene Aufgabe des Besitzes hat er sich ja selber den Rückgriff auf denselben abgeschnitten, den Besitz in der Person des Gegners als gerechtfertigten Zustand anerkannt. Wie verträgt es sich damit, daß er ihn hinterher als Eingriff in sein Besitzrecht soll bemängeln dürfen, was doch die Voraussetzung eines jeden Besitzrechtsmittels bildet?“[143]

Allerdings, und was ist die Folgerung?

Die Besitzidee existirt nicht. Wir haben nur auf das Zweckmäßige in der Welt zu achten und diesem das Recht dienstbar zu machen: „Noch nie hat die Idee den Siegeslauf des Zweckes in der Welt dauernd zu hemmen vermocht, das Einzige, das sie, das ist das Haften am Gegebenen, fertig gebracht hat, besteht darin, daß sie ihn vorübergehend erschwert hat“.[144]

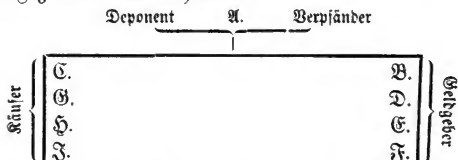
Also die Idee ist ein starrer Konservatismus, ein „Haften am Gegebenen“, welches mit Aesten und Wurzeln ausgerottet werden

[142]) Coninck Liefsting S. 285.
[143]) S. 529.
[144]) S. 531.

muß. Unser einziger Führer sei der Zweck, nach welchem wir fortan das Recht umzubilden haben. Wie antwortet Jhering, wenn man ihm den doch sehr verlockenden Zweck: Aufhebung alles Privateigenthums vorlegt? Vielleicht mit einem Bibeltexte? Das ist eben die Frucht des Utilitarismus, daß Idee und Recht dienstbar gemacht werden kann von einem Jeden, dem es beliebt, sich zu ihrem Meister aufzuwerfen. Ist der Materialismus in unseren Tagen so schüchtern, daß er die Ermuthigung und Beschützung der Besten verdient? Ich werde nicht aufhören, wo immer es geht, diese geisttödtende Richtung und ihre heillosen Konsequenzen in das gehörige Licht zu stellen.

## §. 6. Springregreß.

Wir wollen nochmals zur Verdeutlichung die bereits oben angegebene Figur vor uns nehmen:




Die Frage ist: Soll das Gesetz, wenn Deficit vorhanden ist, nach Exekution der Waare Springregreß zulassen?

Bevor wir diese Frage beantworten, müssen wir eine andere aufwerfen; die nämlich: zu wessen Gunsten?

Heemskerk erwidert: Nicht zu Gunsten des Inhabers des récépissé (Urkunde über den Kauf). Im Hinblick auf das französische Recht sagt er: „Ein solcher Regreß besteht nicht zu Gunsten des Inhabers des récépissé, dieser wird als Spekulant angesehen.“ [145]) Und diese Begründung wiederholt er bei der Frage nach dem bei uns einzuführenden Rechte: „Bei Eigenthumstiteln widerspricht der Regreß dem Wesen der Spekulation; jeder Handel würde unmöglich werden, wenn der Käufer bei Verminderung des Werthes der Waare Regreß an den Verkäufer hätte.“ [146])

[145]) S. 181.
[146]) S. 222 idem.

Heemskerk beruft sich also, um den Regreß von J. gegen H., G. oder C. abzulehnen auf „das Wesen der Spekulation“.

Es geht mir bei dieser Begründung wie dem dindon in der La Fontaine'schen Fabel:

Je vois bien quelque chose,
Mais, je ne sais pour quelle cause,
Je ne distingue pas très bien.

Der Begriff „Spekulation“ scheint mir nämlich zunächst sehr mit Unrecht hier angerufen zu werden. Ob ein Kauf Spekulation ist, entscheidet sich nach der wirthschaftlichen Absicht des Käufers. Diese kann auf gesunden Handel, erlaubte oder unerlaubte Spekulation gerichtet sein. Gesunder Handel ist vorhanden, wenn der Kaufmann, seinem Berufe getreu, die Waare (im wirthschaftlichen Sinne) von dem Produktionsorte nach dem Konsumtionsorte bringt, also ein wirkliches Bedürfniß befriedigt. Die Spekulation ist erlaubt, wenn er, indem er auf die Nachfrage achtet, eine günstige Konjunktur zu rechtmäßigem Gewinne benutzt. Ungesetzlich, also in wirthschaftlichem Sinne verderblich, wird eine Spekulation erst dann, wenn sie sich hinter dem Handel verbirgt, um der Spielwuth fröhnen zu können. Dann widerspricht sie dem allgemeinen Interesse, und setzt sich in den schärfsten Gegensatz zu letzterem.

Mit allen diesen äußerst wichtigen Unterscheidungen aber haben wir das wirthschaftliche Gebiet betreten, welches für das rechtliche Verhältniß von Kauf und Verkauf als Vertrag nicht entscheidend sein kann. Auch das Geschäft des Kornwucherers, des tollen Spekulanten, ist (wenn er seine Maßregeln zweckmäßig getroffen hat) civiliter unantastbar, wie man auch wirthschaftlich und sachlich über ihn urtheile.

Mithin begreife ich nicht, wie jemals von einem Regresse des J. gegen seine Vormänner die Rede sein könnte. Es besteht ein Defizit, sagt man. Gemeint ist: der Käufer, welcher auf Gewinn hoffte, erleidet Verlust. Nun, das ist die Gefahr, die er immer läuft, und welche er seinerseits seinen Abnehmer auch laufen läßt. Mit welchem Schimmer von Recht kann er verlangen, daß ihn das Warrantgesetz gegen diese Gefahr schützt?

Wenn wir also vom Springregresse sprechen, so meinen wir nicht den der Käufer untereinander, sondern immer nur den von

F. gegen E., D., B. allein oder zugleich gegen J., H., G., C. und A. Mit anderen Worten, wir meinen den Springregreß zu Gunsten des Vorschußgebers gegen seine Vorgänger, casu quo gegen die Reihe der Käufer. Diesen Springregreß in beiden Richtungen im vollsten Umfang also halte ich in der Billigkeit begründet, juristisch gerechtfertigt, wirthschaftlich geboten.

### a) Billigkeit des Springregresses.

Man erinnere sich: Der Lagerschein vergegenwärtigt die Waare, aber ersetzt sie nicht. Direkte Konsequenz dieses Satzes ist, daß B., wenn er den Lagerschein in Pfand nimmt, nicht daran denkt, sich mit diesem Papiere zufrieden zu geben. Er sieht in dem Dokument den Stellvertreter der Waare, nicht diese selbst. Indossirt B. seinen Warrant an D., so gewährt er nicht ein Pfandrecht an einem Pfandrechte, sondern ein Pfandrecht an der Waare. B. macht D. zu seinem Leidensgenossen bei den wechselnden Geschicken des Werthes der Waare. Er „zieht ihn in Mitleidenschaft", würden unsere Nachbarn sich ausdrücken können. Dasselbe geschieht zwischen D. und E., zwischen E. und F. Nun exekutirt F., und es entsteht ein Defizit. Warum soll er dieses allein tragen, und warum sollten seine Mitinteressenten dabei aus dem Spiele bleiben? Was ist denn Besonderes an seiner Stellung zur Waare, daß er als Sündenbock dienen müßte, während die Uebrigen geschützt werden?

### b) Der Springregreß nach dem Recht.

Was geschieht nun rechtlich? Deponent A., Geldgeber B. und Käufer C. haben mit einander die Uebereinkunft: Kein Geld, keine Waare — wenn Geld, dann Waare. Der Warrant spielt in diesem Vertrage die Rolle eines Stellvertreters.

Einen Vertrag haben sie mit einander geschlossen, denn jeder von ihnen weiß, daß das Papier (die Urkunde über den Kauf, die Urkunde über die Verpfändung, zusammen oder getrennt) von Hand zu Hand gehen kann. Das Mittel hierzu ist seine Eigenschaft als Inhaberpapier oder seine Indossabilität.

Der Vertrag ist also auf beiden Seiten abhängig von dem Eintritt einer Bedingung; er ist dies auf beiden Seiten, sowohl

nach der negativen (kein Geld, keine Waare), als nach der positiven Seite (wenn Geld, dann Waare).

Aus der negativen Seite des Vertrags ergibt sich der Sprungregreß unmittelbar und von selbst. Nur wenn der Geldgeber B. zustimmt, kann ihm seitens des Deponenten A., unter eigener Liberirung, ein anderer Schuldner (Käufer C.) aufgehalst werden (Art. 1453 B. G.). Mithin sind Beide B. gegenüber in obligo. A. ist es von jeher, und bleibt es, wenn er nicht liberirt wird. C. wird es nun erst kraft eigenen Willens.

Dasselbe gilt für die Nachfolger von C. in ihrem Verhältnisse zu B. Dieser läßt sie darauf los delegiren, denn aller Voraussetzung nach wird seine Position dadurch nur besser.

Die positive Seite des Vertrags (wenn Geld, dann Waare) hat zwei Folgen:

Zunächst das jus offerendi:[147]) Den Geldgeber (der einen Termin festgesetzt hat) fordert der Käufer auf mit der Begründung: Die Frist war in meinem Interesse bestimmt (Art. 1306 B. G.). Zu dem Deponent-Verkäufer (der im Falle einer Hausse Interesse am Behalten der Waare haben kann) sagt er: Die Bedingung ist eingetreten.

Alsdann: Den Ausschluß des Art. 1205 Alin. 2 B. G.[w]) (Art. 2082 Cod. civ.) ipso jure. Herr d'Aulnis[148]) wirft die Frage auf, ob der Käufer, der den Warrant einlösen will, nicht eine zweite Schuld zahlen muß, die der Deponent gegen den Geldgeber eingegangen hat? Ich antworte: durchaus nicht. Dagegen sichert den Käufer die verpflichtende Kraft des Vertrags auf beiden Seiten. Der Inhalt dieses Vertrags kann nicht von einer Partei eigenmächtig geändert werden. Er sagt: hier ist das Geld (nämlich

[147]) Oben S. 305.

[w]) Art. 1205 Alin. 2 des holländischen B. G. lautet in Uebersetzung: „Wenn zwischen dem nämlichen Schuldner und dem nämlichen Gläubiger ein zweites Schuldverhältniß besteht, welches zwischen ihnen nach der Verpfändung eingegangen ist, und welches fällig wird entweder vor der Zahlung oder am Tage der Zahlung der ersten Schuld, so ist der Gläubiger nicht verpflichtet, das Pfand herauszugeben, bevor ihm beide Forderungen voll bezahlt sind, auch wenn er selbst sich nicht vertragsmäßig bedungen hat, daß das Pfand auch für die Zahlung der zweiten Schuld haften solle."

[148]) S. 425.

das vorschußweise gegebene Geld), nun gieb mir die Waare. Gewährt nun der Geldgeber dem Deponenten (oder einem folgenden Käufer) auf's Neue einen Vorschuß, so thut er dies auf seine eigene Gefahr. Für alle übrigen ist dies eine res inter alios. Wenn das Warrantgesetz diese Regel ausdrücklich ausspricht, so ist dies ein völlig überflüssiger Luxus.

In ihrer bereits erwähnten lesenswerthen Polemik bestreiten die Herren d'Aulnis und Heemskerk, welche in diesem Punkt übereinstimmen, nicht die juristische Zulässigkeit des Springregresses der Vorschußgeber unter einander. Ueber den Springregreß der Letzteren gegen die Reihe der Käufer lassen sie sich nicht aus. Sie halten aber den Springregreß für „nicht nöthig".[149] — Herr d'Aulnis beruft sich noch auf Art. 1570, 1571 und 1572 B. G., welche auch bei dem Verkaufe von Forderungen den Regreß ausschlössen. Sehr richtig, aber der Wechselregreß besteht bei uns trotz diesen gesetzlichen Vorschriften. Warum? Weil der Wechselregreß in einem unabweisbaren Bedürfnisse wurzelt. Nun, mir scheint es ein nicht geringer Irrthum, dem Warrant jenen Regreß verweigern zu wollen. Im Gegentheil hängt nach meiner Ansicht das Glücken oder Mißglücken einer Warrant-Gesetzgebung von der Zulassung des Regresses im weitesten Sinn ab.

c) **Wirthschaftlicher Werth des Regresses.**

Dieser wichtige, in meinen Augen entscheidende Punkt ist von den Juristen und Nationalökonomen bis jetzt allzusehr vernachlässigt worden. Sie analysirten eine Transaktion, und leiteten daraus Folgerungen ab für oder gegen den Springregreß. Il ne faut pas aborder les grandes questions par les petits côtés. Meine Ansicht stützt sich, dessen eingedenk, auf folgende Behauptungen:

1. Es besteht ein Kreditbedürfniß.
2. Dieses Bedürfniß muß durch eine Centralbank befriedigt werden.
3. Hierzu muß man ihr das nöthige rechtliche Material liefern.

Ad 1. Was ist Handelskredit? Man höre doch auf von Geldleihe (Darlehen) zu sprechen. Ein Kaufmann leiht nicht. Er

[149]) Heemskerk S. 229; d'Aulnis S. 427.

braucht seinen Kredit, so lange er ihn hat. Man gestatte, daß ich zur Verdeutlichung meine frühere Auseinandersetzung [150]) wiederhole: „Der Kreditsuchende wünscht nicht, daß ihm fremdes Kapital auf eine bestimmte Zeit überlassen werde. Er wünscht nicht, daß ihm in Folge solcher Ueberlassung und nach derselben das Recht gewährt werde, über jenes Kapital zu verfügen. Er wünscht nicht, daß ein Kapitalbesitzer sich bereit finden lasse, diese spezielle Vereinbarung mit ihm einzugehen. Dies Alles ist ihm zu wenig. Er will mehr. Er will unmittelbare Verfügbarkeit des fremden Kapitals zu seinem Nutzen. Er will in die Möglichkeit versetzt sein, einen Theil des Besitzes eines Anderen so anzusehen, als wäre es sein Eigenthum. Er will damit sein eigenes Produktivvermögen erhöht sehen. Er will die Art, wie er das fremde Vermögen zu eigenen Zwecken benutzt, nach eigenem Gutdünken einrichten. Er will in der Wahl der Art, wie er darüber verfügen kann, nicht beschränkt sein. Er will diese Zufügung zu seinem Kapital eventuellen Gläubigern zur Befriedigung anweisen können. Er will den Kredit, den er hat (diese ihm zugesagte Zurverfügungstellung), nach seinem Gutdünken gegen andere Werthe umtauschen, ihn selbst benutzen oder von Anderen benutzen lassen können. Er will vollkommen freie Bewegung rücksichtlich dieses ihm zur Verfügung gestellten Kapitals und mit demselben haben. [x])

Dieses Bedürfniß besteht, und mit diesem Bedürfnisse muß man rechnen, will man den Handel nicht großen Gefahren preisgeben. Die Niederländische Bank erkennt denn auch dieses Bedürfniß, und richtet ihren Wirkungskreis danach ein. Ex uno disce omnes. Vom 1. Juli 1886 ab hat die Niederländische Bank eine neue Art von Beleihungen (kurze Beleihungen) eingeführt, für welche ein besonderer Zinsfuß (von 4 Prozent) festgestellt ist. Sie können nach 8 Tagen mit Zinsberechnung täglich gekündigt werden. Diese unverkennbare Fazilität auch gegenüber einem Bedürfnisse von kurzer Dauer kennzeichnet die Art und Weise, wie die Bank ihr Verhältniß zum Handel auffaßt.

---

150) Mein „Rekening courant". Haag 1873 S. 206.

x) In der deutschen Ausgabe von Riesser („Der Contocorrentvertrag" von J. A. Levy. Freiburg J. C. B. Mohr 1884) S. 65.

Ad 2. Der Warrantverkehr muß (nach allen Seiten) der Aufsicht der Central-Bank unterworfen sein und bleiben. Der Grund dieser Forderung ist, daß die Bank in öffentlichem Interesse die Gelegenheit haben muß, als Regulator des öffentlichen Kreditwesens auftreten zu können.

Dieser Punkt, dem man bei der Erneuerung des Bankprivilegiums bei uns meines Erachtens nicht die Aufmerksamkeit geschenkt hat, welche er verdient, ist soeben mit treffender Richtigkeit von Erwin Nasse hervorgehoben worden.[151]) Nachdem er auseinandergesetzt hat, wie viel verschiedene Gründe für den Staat bestehen, das wechselnde Bedürfniß nach Zahlmitteln nicht seinem Schicksale zu überlassen, fährt er fort: „Man hat wohl gemeint, es sei nicht Aufgabe des Staats, für diese verschiedenen Arten eines wechselnden Bedarfs an Zahlungsmitteln irgend eine Vorsorge zu treffen. Der Bedarf äußere sich an den Börsen in einer mehr oder weniger empfindlichen Erhöhung des Diskontos. Für den „Kreditbedarf einer speziellen Gruppe weniger Staatsangehörigen" habe der Staat keine Fürsorge zu treffen. Aber die Banken und Banquiers, welche in den erwähnten Fällen Wechsel diskontiren, Lombard-Darlehen aufnehmen oder Guthaben einziehen, um dafür Zahlungsmittel zu erhalten, sind nur die Organe viel weiterer Kreise.[152]) Was den Begehr für das Inland angeht, so würden sich die Börsenkreise für den Verkehr unter sich sehr wohl zu helfen wissen durch vermehrten Gebrauch von Wechseln, Umschreibungen, Abrechnungen; aber für die Lohnzahlungen der Arbeiter, für die Rechnungen der Handwerker, für den sonstigen Geldbedarf aller kleineren und vor Allem auch der entfernt vom Mittelpunkt des Verkehrs gelegenen Wirthschaften bedarf man nothwendig der Banknoten und der Münzen. Diese kleineren Wirthschaften würden den Schaden tragen müssen, wenn die Beschaffung dieser Zahlungsmittel gar nicht oder nur mit großen Kosten möglich wäre. Wie aber auch die Ursache eines vermehrten inländischen Bedarfs an Zahlungsmitteln oder einer Geldausfuhr beschaffen sein mag — und wir sind weit ent-

---

[151]) Preußische Jahrbücher, Mai 1889: Die Kündigung des Privilegiums der Reichsbank und der Privatnotenbanken, S. 501, 502.

[152]) Die Unterstreichung stammt von mir.

fernt, die Mannigfaltigkeit der Erscheinungen auf diesem Gebiet schildern zu wollen — die Folgen einer dadurch veranlaßten Geld- und Kreditkrisis erstrecken sich weit über die Kreise hinaus, in welchen sie zuerst auftritt, und, wie gewöhnlich bei großen Störungen und Verschiebungen im wirthschaftlichen Leben, es sind nicht die Stärksten, sondern die Schwächsten, die am meisten darunter leiden. Nicht die Geldreichen, die von dem hohen Zinsfuß Gewinn ziehen; sondern die Kapitalbedürftigen, nicht die Banken, die trotz gelegentlicher Verluste doch gerade in Jahren hohen Diskontos große Dividenden zu vertheilen pflegen, sondern Diejenigen, welche aus Mangel an Kredit ihre Waaren zu niedrigem Preise losschlagen müssen, die Arbeiter, die unverschuldet bei dem Stillstand von Unternehmungen, in denen sie bis dahin beschäftigt, ihr Brod verlieren u. s. w."

*Nasse* giebt noch einen zweiten Grund der entgegengesetzten Art an, warum die Centralbank *Kredit-Regulator bleiben muß.*

„Die unabweisbare Aufgabe des Staats, für ein elastisches, den legitimen Bedürfnissen des Verkehrs sich thunlichst anschließendes Zahlungswesen zu sorgen, wird aber dadurch ungemein erschwert, *daß es auch unberechtigte Bedürfnisse an Zahlungsmitteln giebt, denen im allgemeinen Interesse entgegengetreten werden sollte.*[153])

Es kommen immer wieder Perioden übertriebener auf die Dauer nicht haltbarer Preissteigerungen und damit zusammenhängender Spekulations- und Unternehmungslust vor, die zu schwer verwüstenden Produktionskrisen führen. Solche Zeiten freilich, wie wir sie jüngst erlebt haben, in denen die Entwickelung der Weltwirthschaft sinkende Preise bedingt, lassen diese krankhafte Erscheinung nicht aufkommen. Aber das Sinken der Waarenpreise wird nicht immer fortdauern. Sowie einmal Verschiebungen der Produktions- und Konsumtionsverhältnisse eintreten würden, welche erhebliche Preissteigerungen wichtiger Waarengattungen zur Folge hätten, würde auch die Tendenz zu spekulativer Uebertreibung der Preissteigerung und die übertriebene Unternehmungslust sich einstellen,

---

[153]) Die Unterstreichung stammt von mir.

die wir besonders häufig in der Zeit von 1850 bis 1873, in den kommerziellen und industriellen Theilen der Welt auch früher oft genug, beobachtet haben. Auch solche Perioden fieberhafter Erregung der Erwerbsthätigkeit bedürfen einer starken Vermehrung der Zahlungsmittel und führen früher oder später immer auch zur Ausfuhr von Geld. Es ist aber natürlich im höchsten Grade wünschenswerth, daß diesen Geldbedürfnissen so wenig wie möglich entsprochen wird, vielmehr durch Geldmangel so früh als thunlich der krankhaften Entwickelung ein Ende gesetzt werde."

Aus dieser letzteren Mahnung werde ich sofort die Konsequenzen ziehen; hier sei nur angedeutet, daß die Centralbank, welche hierzu durch Banknotenausgabe in den Stand gesetzt ist und die Festsetzung des Diskontos als Waffe benutzen kann, einen mächtigen Einfluß auf das öffentliche Kreditwesen ausüben muß. Dieses Amt und diese Befugniß wird ihr nicht verliehen in ihrem, sondern im allgemeinen Interesse. So viel von ihr abhängt — und auch „ihre Macht ist groß" — befördert sie die gesunde Kreditnachfrage und hält die krankhafte zurück.

So ist es bei uns auch immer verstanden worden, und hat denn auch die niederländische Bank ihre ehrenvolle Vergangenheit niemals verleugnet. Bei Gelegenheit der jüngsten Erneuerung des Bankprivilegs haben die Kommissarien an ihre Stiftungsurkunde erinnert.

Darin ist in der That mit merkwürdiger Klarheit der künftige Beruf der Bank vorgezeichnet. Man lese nur den Kommissionsbericht vom 25. März 1813 (Staatsblatt Nr. 40):

„In Erwägung, daß bei der Verbesserung der kommerziellen Beziehungen der vereinigten Niederlande der ungestörte Umlauf des Geldes und Geldwerths unter die dringendsten Bedürfnisse zu zählen ist, für welche gesorgt werden muß, damit eine gegründete Hoffnung bestehe, daß die Wohlfahrt, welche unsere Väter genossen haben, wiederkehre, was wir, den göttlichen Segen vorausgesetzt, von einer Verbindung von Loyalität und Ehrlichkeit, Arbeit, Fleiß und Ausdauer seitens der Einwohner dieser Lande wohl erwarten dürfen.

In Erwägung, daß zur regelmäßigen Beförderung jenes Umlaufs kein besseres Mittel zu finden ist, als die Einführung

einer von Staatswegen begründeten nationalen Bank, welche errichtet wird durch Vereinigung der Mittel des Staates und der Privaten und gesichert wird durch reglementarische Bestimmungen, welche hinsichtlich der durch sie in Umlauf gebrachten Werthe die nöthige Beruhigung geben können." [154])

Die Dienste, welche die Bank dem Handel erweist, zeigen, daß sie die Intentionen ihres königlichen Stifters in weisem Sinne zu verwirklichen suchte.

Ad 3. Ohne Springregreß kein Warrant als Kreditpapier, d. h. kein Warrant, der seinen Weg zu dem Portefeuille der Centralbank findet.

In diesem Punkte sind die Ansichten übereinstimmend.

Koch (Vize-Präsident des Deutschen Reichsbank-Direktoriums):

„Nur mit Hilfe des springenden Regresses aus dem Papier (ohne Zulassung von Einreden aus dem Veräußerungsgeschäft mit einem Dritten) wird der Uebergang aus der Hand des ersten Indossatars an ein Kreditinstitut, etwa an eine Notenbank, ermöglicht." [155])

Leonhardt (General-Sekretär der Oesterreichisch-ungarischen Bank):

„Es ist, wenn man den Warrant als Kreditpapier einbürgern will, unerläßlich, daß aus demselben die Solidarhaftung der Indossanten statuirt und ein springendes Regreßrecht eingeräumt wird." [156])

Pierson (Präsident der Niederländischen Bank): Er spricht nicht über den Springregreß, aber daß er ihn als den Schlußstein seiner Verpfändung mit Verkaufsrecht ansieht, ist ohne Weiteres klar. In seinem Formular werden alle delegirten Käufer so lange festgehalten, bis sie liberirt sind. Gerade wie dies der Springregreß auch thut. Man kann also seine Autorität der von Koch und Leonhardt hinzufügen. Omnium consensu also ist der Springregreß die Voraussetzung dafür, daß die Banken den Warrant als Kreditpapier behandeln können. Solchen Ansichten (wenn sie

---

[154]) Bericht der Niederländischen Bank 1888—1889. S. 21.

[155]) S. 21.

[156]) S. 52.

nur rechtlich haltbar sind) hat man sich zu unterwerfen. C'est à prendre ou à laisser.

## §. 7. Spezielle gesetzliche Regelung.

Die Möglichkeit ist vorhanden, daß man, wenn man auch das wirthschaftliche Bedürfniß nach einem Warrantsystem anerkennt, dieses Bedürfniß auf dem Wege für befriedigt erachtet, den Herr Pierson nachweist. Man ist nur allzuleicht geneigt, juristischen Einwendungen nachzugeben, wenn man, wie in England [157]) durch eine unerwartete, aber unerbittliche Entscheidung abgeschreckt wird.

Von jener Voraussetzung ausgehend (nämlich von der Existenz eines wirthschaftlichen Bedürfnisses), habe ich nachzuweisen, daß der Vorschlag des Herrn Pierson, das bestehende Recht unverändert weiter zu benutzen, die Frage einfach nicht erledigt. Dabei vergesse man nicht, daß Herr Pierson die Existenz jenes wirthschaftlichen Bedürfnisses leugnet.[158]) Diese Anschauung blieb natürlich nicht ohne Einfluß auf seine Versuche, Hilfsmittel zu schaffen. Für Den aber, der über das Bedürfniß anders urtheilt, behält die Frage, wie es zu befriedigen sei, ihre volle Wichtigkeit. Diese Frage habe ich im Auge, wenn ich behaupte, daß der Vorschlag des Herrn Pierson nichts nützt.

Ich habe gegen diesen Vorschlag vier Einwendungen. Beginnen wir mit dem status causae.

Wie faßt Herr Pierson den Warrant auf?

Die Bank beleiht den Lagerschein mit dem Rechte der Delegation und händigt ihrerseits eine Urkunde aus, welche gehandelt werden kann. [159])

Was geschieht aber weiter? „Auf der Rückseite [160]) muß dann einige Male der folgende Formularsatz stehen: Delegirt . . . . . . am . . . . . . den . . . . 18 . . (mit Raum für die Unterzeichnung), während man eintretendenfalls in die Urkunde selbst noch eine Klausel aufnehmen kann, worin gesagt wird, daß die Dele=

[157]) Oben S. 261.

[158]) S. 67.

[159]) S. 69.

[160]) Nämlich der von der Bank ausgestellten Urkunde.

gation stattfinden kann *mit* Benachrichtigung der Bank, welchenfalls diese dann den neuen Schuldner (wenn er solide ist) ganz an die Stelle des alten Schuldners treten zu lassen bereit ist, oder *ohne* Benachrichtigung der Bank, welchenfalls der alte Schuldner der Bank weiter verhaftet bleibt. Wird von der Befugniß zur Benachrichtigung der Bank Gebrauch gemacht und erklärt sich die Bank bereit, den alten Schuldner seiner Verpflichtung zu entheben, so empfängt dieser Letztere den Beleihungsakt, den er bei Aufnahme des Geldes unterzeichnet hatte, zurück und sendet der delegirte Schuldner einen von letzterem unterzeichneten Akt an die Bank. Delegirt er weiter, indem er seinerseits die Bank benachrichtigt, so geschieht dasselbe. Dieses Mittel bietet also einen Vortheil — einen Vortheil, den das englische System ebenso wenig bietet wie das ungarische, daß jeder Verkäufer — Verpfänder — sofort von allen Verpflichtungen befreit werden kann, wenn nur die Person oder Firma, die er delegirt, der Bank als Schuldner annehmbar erscheint.[161])

Meine Ansicht ist nun, daß diese Lösung *mit einem Warrantsystem absolut nichts, kaum den Namen gemein hat.*

Was das *Warrantsystem* will, kann jetzt für Niemanden mehr ein Geheimniß sein. Das Warrantsystem fordert: *gesetzliche Feststellung* der Rechtsverhältnisse, die aus der *ungehinderten* Cirkulation des Doppelscheins auf beiden Seiten (für den Käufer und den Geldgeber) sich ergeben können.

Der Vorschlag des Herrn *Pierson* versucht, indem er das gemeine Recht auf diesen Fall zuschneidet, die gesetzliche Regelung unnöthig zu machen. Ich sagte bereits, daß ich hiergegen vier Bedenken habe. Es sind folgende:

1. Der Vorschlag des Herrn *Pierson* macht es von der Willkür des Banquiers abhängig, ob er in jedem einzelnen Falle den Verkauf eines verpfändeten Gutes *erlauben* will. Dann macht er den bestehenden *einfachen Schein* zu einem *Doppelschein* und gestattet die Cirkulation. Andernfalls verweigert er die Transaktion, und der Deponent kann dann *nur* verkaufen oder *nur* verpfänden, weil man eben mit einem Scheine nur einen Zweck erreichen kann. Dies ist nicht etwa eine Kleinigkeit, denn damit ist das *ganze Warrant*-

---

[161]) S. 70.

system todt gemacht. Denn selbst die Möglichkeit des Verkaufs des Lagerscheins hängt von dem Gutdünken des Banquiers ab. Er kann, wenn er will, diesen Verkauf verhindern. Nun weiß ich wohl, daß Banquiers sich auch immer weigern können, zu beleihen. Aber zur Gewährung des Vorschusses nöthigt ihn sein eigenes Interesse, die Nothwendigkeit, sein Geld anzulegen und Zinsen zu machen. Was aber gewinnt er, der Banquier, bei dem Verkauf? Diese Erlaubniß zu geben, darauf kann man rechnen, wird er nicht allzu eilig sein, oder er wird sie sich bezahlen lassen.

Der Vorschlag des Herrn Pierson löst das Warrantsystem auf in eine Reihe von Käufen — wenn es der Bank so behagt. Und was mehr sagt, der Urheber dieses Vorschlags bildet sich noch etwas darauf ein! Wir zitiren noch einmal: „Dieses Mittel bietet also den Vortheil — einen Vortheil, den das englische System ebenso wenig bietet wie das ungarische — daß jeder Verkäufer — Verpfänder — sofort von allen Verpflichtungen befreit werden kann, wenn nur die Person oder Firma, die er delegirt, der Bank als Schuldner annehmbar erscheint."

Einen Vortheil! Das ungarische Gesetz (in England besteht keines) behandelt das Warrantsystem als eine gesetzlich organisirte wirthschaftliche Einrichtung, Herr Pierson aber als eine hie und da vorkommende von dem Belieben des Banquiers abhängige konkrete Thatsache. Von jener Voraussetzung ausgehend, gewährt das ungarische Gesetz im §. 448 Springregreß:

> „Dem Besitzer des Pfandscheines steht, falls er aus den eingelagerten Gütern keine volle Befriedigung gefunden, bis zum Belaufe seiner unbedeckten Restforderung gegen die Indossanten das Regreßrecht zu, für welches die Bestimmungen des Wechselgesetzes maßgebend sind."

So auch das französische Warrantgesetz (Art. 9), das belgische Warrantgesetz (Art. 19), das russische Lagerhausgesetz (Art. 39), der Mannheimer Entwurf §§. 9, 12.

An die Voraussetzung des Herrn Pierson aber: eine Verpfändung plus Erlaubniß zum Verkaufe, hat Niemand gedacht, weil diese Voraussetzung außer aller Verbindung mit dem Warrantsysteme steht. Wo ist ihr Vortheil?

2. Wie nach dem Vorschlag des Herrn Pierson die Cirku-

lation zum Zwecke des Verkaufs von dem Ermessen des Bankiers abhängig gemacht wird, so kennt er auch nur die eine Beleihung des Scheines. Man lese sein Formular, gleichgültig welches. Der Bankier erkennt an, daß er im Besitz ist u. s. w. (oder daß bei ihm abgeholt werden kann). Dieses Anerkenntniß kann natürlich nur durch einen Vorschußgeber abgegeben werden (wie man auch nur bei einem Vorschußgeber abholen kann). Damit ist auch nach dieser Seite das Warrantsystem als wirthschaftliche Einrichtung unmöglich gemacht.

Hier ist auch die Ansicht des Herrn Pierson über das System selbst materiell unrichtig. Bei der Erklärung der ungarischen Einrichtung sagt er: „Man erinnere sich, daß der Pfandschein eine indossable Urkunde ist; die Person, die den Vorschuß gab, kann sie also einem Anderen übertragen haben, und dieser wieder einem Dritten. In diesem Falle geht man natürlich gegen seinen Vormann vor, und wird exekutirt durch den ersten Geldgeber."[162]) Durchaus nicht. Die Exekution findet statt durch den letzten Geldgeber, und um diesen für alle Fälle schadlos zu halten, dafür gerade dient der Springregreß (vergl. den oben abgedruckten §. 448 des ungarischen Gesetzes).

Was aber bewirkt die Nichtdossabilität des Warrant nach dem Vorschlage Piersons? Daß lediglich Diejenigen Nutzen von dem Warrant ziehen können, welche in den großen Centren des Verkehrs oder dicht dabei wohnen. Man muß an die Bank oder an eine bei ihr akkreditirte Lagerhausgesellschaft gehen, um sein Gut beleihen zu lassen. Ein Geldgeber in der Provinz aber, der seine Leute kennt und dort wohnhaften Lagerhausinhabern vertraut, muß, da sein Warrant nicht indossabel ist, seine Hülfe verweigern oder nach dem Maße seiner Kapitalkraft einschränken. Resultat: Die handeltreibende, gewerbetreibende, betriebsame Provinz ist von jenem Mittel der Kreditbeschaffung ausgeschlossen.

3. Wie entgeht der Vorschlag Pierson's der Gefahr, daß der Geldgeber den bei ihm liegenden Lagerschein mißbraucht? Antwort: Herr Pierson hat hieran selbst nicht gedacht. Darin hätte er nun völlig Recht, wenn nur Jemand dafür bürgen wollte, daß

---

[162]) S. 64.

Lagerscheinhaber nur bei fest begründeten Kreditinstituten Vorschuß suchen werden. Wenn dies aber nicht der Fall ist, so ist der Deponent ganz von der Ehrlichkeit des Vorschußgebers abhängig — was als Regel, nicht ohne Bedenken ist.

4. Die Abwickelung der Sache. Diesem Punkte widmet Herr Pierson einige Bemerkungen,[163]) deren Kern ist, daß die Bank sich befriedigt, und den Rest „dem Berechtigten" ausliefert. Als ob das so leicht wäre! Ils ne doutent de rien — die Herren Nationalökonomen! Ja, wenn alles glatt abläuft, ist man rasch fertig, dafür aber sind Gesetze, auch Warrantgesetze, nicht nöthig. Wenn aber ein Konflikt entsteht (Fallissement, ein hinzutretendes Rechtsgeschäft, ein verändertes Rechtsverhältniß), kostet es doch manchmal recht viel Kopfzerbrechens, das Maß der Befugniß „des Berechtigten" zu bestimmen, und noch mehr, den Letzteren inzwischen zu beschwichtigen.

Soll diese Aufgabe der Bank, also jedem Vorschußgeber, überlassen werden? Und wenn ja, ohne gesetzliche Richtschnur, also auf gemeinrechtlicher Grundlage? — Denn das ist die Hypothesis. Ich bin nicht unbarmherzig genug, der Bank diese Regelung der Frage zu wünschen. Sie könnte in den Fall kommen, ihr Unglück nicht übersehen zu können.

Zugegeben, sagt Herr Pierson. Allein dieser Einwand „würde nur die Delegation ohne Benachrichtigung und ohne die Ausstellung einer neuen Beleihungsurkunde erschweren, also kein Hinderniß von irgend welchem Belang sein für Ausführung des oben von mir vorgeschlagenen Planes. Denn wenn der alte Schuldner von seiner Delegation Kenntniß giebt, dann kann er auch eine Urkunde unterzeichnen und der Bank zusenden, wodurch er sein bedingtes Recht auf den Schein an den Delegaten überträgt. Damit ist dann jedes Rechsverhältniß zwischen ihm und der Bank erledigt."[164])

Zunächst nützt diese Lösung nichts, insofern sie alle drei oben von mir entwickelten Einwendungen unberührt läßt. Eine wirthschaftliche Einrichtung wird das Warrantsystem selbst bei dieser Handhabung in keiner Weise.

---

[163]) S. 71.
[164]) S. 71.

Dann aber ist in der Lösung selbst mehr als ein juristisches Mißverständniß enthalten. „Uebertragung des Scheines auf den Delegaten" bessert nichts. Die Uebertragung erfolgt in dem Momente, wo der Schein verkauft und geliefert wird. Die Aufgabe ist aber, die Rechtsfolgen dieser Handlung nach zwei Seiten (Käufer und Geldgeber) zu regeln. Und daß dies so einfach nicht geht, schmeichle ich mir, im Laufe dieser Untersuchung nachgewiesen zu haben.

## §. 8. Terminhandel in Kaffee.

Es ist immer nützlich, eine Gegenprobe zu machen.

Herr Pierson leugnet die Existenz eines wirthschaftlichen Bedürfnisses nach dem Doppelscheine. Nach meiner Ansicht ist es allerdings vorhanden. Welche Meinung hat nun die größere Wahrscheinlichkeit für sich?

Ich habe hier auf eine Thatsache hinzuweisen, welche um so ernstlicher zu denken giebt, wenn man sich einer schon 1860 ertheilten Warnung erinnert.

Wie wir sahen,[165]) macht Herr Pierson in der Hauptsache ein argumentum e silentio geltend.

Er sagt: „Von einem solchen Verlangen (nach dem Doppelscheine) würde wohl etwas zu merken gewesen sein in den Kreisen, in welchen ich mich täglich bewege."[166])

Hält man dieses Schweigen für eine so sichere Richtschnur, daß man hieraufhin die Abweisung aussprechen dürfte? Wie oft ist man Gegner von neuen Einrichtungen, die, einmal eingeführt, begierig benutzt werden.

Ein dem unsrigen verwandtes Thema liefert hierfür einen vollgültigen Beweis.

In seinem mehrfach erwähnten Aufsatz über unseren Gegenstand erinnert Koch mit Recht daran, wie er einige Jahre zuvor unter ähnlichem Titel die Checkfrage in Deutschland in Fluß gebracht habe:[167])

---

165) Oben S. 271.

166) S. 67.

167) Busch's Archiv B. 43 S. 128 ff.

„Der Warrant ist, wie der Check, ein Verkehrsmittel höherer Ordnung. Nur Völker, welche auf einer hohen Stufe wirthschaftlicher Entwicklung angelangt sind, wissen sich beider mit Leichtigkeit und Erfolg zu bedienen. Wie der Check niedergelegtes Geld, so bedeutet der Warrant niedergelegte Waaren, und wie jener die räumliche Bewegung von Geld, so erspart dieser den Transport der gelagerten Waare.“

Diese Neuerung blieb auch damals, was den Check betrifft, nicht ohne Widerspruch. Koch aber kann sich damit trösten, daß jetzt, während des Monats Mai 1889, in der Abrechnungsstelle, welche mit der deutschen Reichsbank verbunden ist, ein Betrag von 1 631 920 800 Mark, das ist circa 1 Milliarde Gulden, zur Verrechnung kamen.

Wir haben aber hier mehr als eine Wahrscheinlichkeitsrechnung. Wir haben eine Warnung und eine Thatsache. Die Warnung ist vor langen Jahren ausgesprochen von Herrn P. A. Müller, einem Manne, der so oft seine Rathschläge im Interesse unseres Handels, und mehr als einmal vergeblich, gegeben hat. Was er bereits im Jahre 1860 ausführte, ist wahrlich noch jetzt zu beachten. Nachdem er das Londoner Warrantsystem kurz erklärt hat, sagte er:

„Der Vortheil dieser so einfachen Transaktion, welche auf weitaus die meisten Artikel angewandt werden kann, springt Jedem in's Auge. Der Verkäufer kann nichts an seinem Käufer verlieren; lediglich eine große Preisminderung in der dreimonatlichen Frist bringt ihn für einen Theil des Minderwerths in Gefahr, denn einen Theil deckt das bezahlte Deposit, und für den Rest ist er Gläubiger. Vor den großen Verlusten, die wir hier zu Land an unseren Waarenkäufen erleiden, zumal das sonst so heilsame Promessensystem uns zugleich das Recht, die noch vorhandenen Güter binnen 30 Tagen zurückfordern zu können, nimmt, davor sind die Londoner Häuser geschützt. Der Kauf von Waaren auf 3 Monats-Frist, lediglich zu dem Zweck, um sie sofort wieder zu verkaufen oder zu verpfänden und hierdurch alsbald Geld zu haben, ein schändlicher Mißbrauch des Kreditsystems, welcher immerhin nicht so ganz selten ist, wird durch den in London üblichen Brauch völlig unmöglich gemacht, denn der Käufer erhält allein durch Zahlung den Besitz des gekauften Gutes. Dann aber erleichtert auch dieses

System sehr die Spekulation in Waaren, denn auch der, der hier zu Lande leicht Gefahr laufen würde, überhaupt keinen Kredit zu bekommen, der also das gekaufte Gut komptant bezahlen müßte, kann dort gegen das geringe Opfer des Deposit immer spekuliren. Der Unbemittelte kann daraus Nutzen ziehen, wird aber auch dadurch leicht zu Geschäften verleitet, die über seine Kräfte gehen. Das aber gewinnt England bestimmt dabei, daß etwaige Konkurse der Häuser am Platze selbst sehr wenig Schaden anstiften, denn sie konnten keinen Mißbrauch treiben mit einem Kredit, welcher weder ihnen noch sonst jemandem verliehen wird; die Ausländer sind also diejenigen, welche bedeutend verlieren, während die Engländer frei ausgehen. Diese Selbstvertheidigungs-Maßregel ist in der That so übel noch nicht."[168])

Einen Widerspruch gegen diese Auffassung habe ich nicht gefunden.

Und nun die Thatsache, welche ich eben erwähnte.

Wir lernten oben den Betrag der Beleihungsziffern der Niederländischen Bank kennen, welche Leonhardt mitgetheilt hat,[169]) und zwar in einer Anzahl von Jahren bis zum Jahre 1884—1885. Ich nehme den Faden da auf, wo Leonhardt ihn fallen ließ, und fahre fort:

1885—1886. Durchschnittsziffer war 7 623 807 Fl. Die abgeschlossenen Güterbeleihungen, neue und prolongirte zusammen, betrugen 33 206 550 Fl., also 1 567 915 Fl. weniger wie im vorhergehenden Jahre.

1886—87. Durchschnittsziffer war 5 086 864 Fl. Die abgeschlossenen Güterbeleihungen, neue und prolongirte zusammen, betrugen 25 405 585 Fl., also 7 801 965 Fl. weniger wie im vorhergehenden Jahre.

1887—88. Durchschnittsziffer war 8 454 522 Fl. Die abgeschlossenen Güterbeleihungen, neue und prolongirte zusammen, betrugen 40 777 945 Fl., also 15 373 360 Fl. mehr wie im vorhergehenden Jahre.

1888—89 (nach dem letzten Bankbericht). Durchschnittsziffer war 3 635 886 Fl. Die abgeschlossenen Güterbeleihungen, neue

---

[168]) P. A. Müller in „de Gids" 1860 III S. 123 The City of London.

[169]) Oben S. 277.

und prolongirte zusammen, betrugen 16 748 330 Fl., also 24 029 615 Fl. weniger als im vorhergehenden Jahre.

Ich wiederhole: Die Bank theilt mit, daß im Jahre 1888 bis 1889 für

**24 Millionen**

weniger beliehen worden ist, als im Jahre 1887—88.

Wie erklären wir diese riesenhafte Differenz?

Durch Stillstand der Geschäfte? Durch erhöhte Kapitalkraft der Vorschußnehmer? Durch größere Konkurrenz der privaten Geldgeber?

Dies Alles, zusammen oder einzeln genommen, würde zu vertreten sein, wäre nicht ein schwerwiegendes Ereigniß dazwischen gekommen, nämlich die Errichtung der Liquidationskasse für den Kaffeehandel in Amsterdam (Anfang 1888).

Was das Ausland betrifft, so sind diese Einrichtungen mit einem Federstrich gekennzeichnet, ich meine, gebrandmarkt.

Sie sind roulettes à la barbe des Gesetzes. In allen Kreisen, und keineswegs am wenigsten in denjenigen, welche mit einem gewissen Firniß von angelernten Formen und äußerlicher Bildung überzogen sind, finden sich Menschen, die verzehrt werden von der auri sacra fames.

| | |
|---|---|
| Sie säen nicht, | (Zij zaaien niet,) |
| Sie ernten nicht, | (Zij maaien niet,) |
| Den Bauer fressen sie auf. | (Zij teren op den boer.) |

Einige nun dieses Schlages wetten miteinander, der Eine, daß der Preis des Kaffees steigen, der Andere, daß er fallen werde. Die Kasse spielt dabei den bookmaker. Dergleichen Geschäfte, welche unsägliches Unglück in ihrem Gefolge haben können, hat Balzac im Sinne gehabt, als er sagte: toute fortune dont on ignore la source, cache un crime. Wer von diesem unerquicklichen Gegenstande mehr wissen will, kann Einzelheiten finden in einem Aufsatze des Herrn S. B. Zeverijn, der sich der recht nützlichen Mühe unterzogen hat, diesen Mammonsdienst und seine Priester zu entlarven.[170])

170) Economist 1888 S. 153: Der Terminhandel in Kaffee.

Zum Glück für den niederländischen loyalen Handel hat die Sache bei uns einen anderen Charakter.

Von der Amsterdamer Liquidationskasse sagt Herr Zeverijn folgendes:[171]) „Thatsächlich hat diese Liquidationskasse denn auch nichts als den Namen gemein mit den ausländischen. Sie ist lediglich eingerichtet, um die Abrechnung zu erleichtern.

Wenn ein Lagerschein auf Kaffee beispielsweise im Laufe von 6 Monaten 20 mal auf denselben Lieferungstermin verkauft ist — dies kommt vor — dann würde, wenn keine Liquidationskasse bestände, bei Ablauf des Termins, der Schein von allen 20 Käufern auf einmal empfangen und bezahlt werden müssen; 5 Minuten nach der Zahlung würden sie allerdings das Geld zurückbekommen, aber inzwischen hatten sie Alle für baares Geld sorgen müssen, um den Schein in Empfang nehmen und liefern zu können. Durch die Einrichtung der Liquidationskasse ist dies unnöthig geworden. Diese hatte den Schein durch den ersten Vertrag erhalten und 95 Prozent darauf vorgeschossen. Sie hat ihn 19 mal überschrieben, rechnet alle Preisdifferenzen mit 19 Käufern und Verkäufern ab, und liefert dem letzten Käufer den Schein ab gegen Zahlung.

Das bewirkt eine große Ersparung des Umlaufs von Zahlungsmitteln und beugt großem Zinsverluste vor.

Von dem Verkäufer, der durch Lieferung des Scheines seiner Verpflichtung nachgekommen ist, wird also nie mehr die „Marge" (Differenz) gefordert, aber der Käufer muß, wie dies im Auslande der Gebrauch ist, bei sinkenden Preisen die Marge nachzahlen.[172])

Hier haben wir also mit dem Handel zu thun und nicht mit Spiel".

Die Liquidationskasse thut also gerade das, was wir vom Warrantsystem erwarten. Sie tritt auf als Vorschußgeber, erleichtert den Verkauf der Scheine und rechnet mit den Interessenten ab.

In diesem Lichte angesehen, giebt die ebenso plötzliche als riesige Verminderung der Beleihungsziffern der Niederländischen Bank — eine Verminderung von 24 Millionen gerade im Gründungsjahre

---

171) S. 175.

172) So heißt die Sicherung (gewöhnlich 5 Prozent), welche die Kasse fordert zur Deckung gegen den etwaigen Dekort. Idem S. 158.

der Liquidationskasse — zu denken. Wenigstens haben erfahrene Finanziers, welche mit dem Waaren- und Geldmarkt in Amsterdam vertraut sind, auf meine verwunderte Frage keinen Augenblick gezögert, mich auf diesen Zusammenhang aufmerksam zu machen. Die Bank hat weniger beliehen, weil eine Lücke, welche sie offen gelassen hat, von der Liquidationskasse ausgefüllt worden ist. Mit einem Scheine kann man nur Eines thun: verkaufen oder verpfänden. Nun, die Liquidationskasse giebt Gelegenheit, beides, verkaufen und verpfänden, thun zu können. Damit kommt man bei der Bank nicht zu Stande.

Ist diese Vermuthung richtig — und man wird zugeben, daß man sie als höchst wahrscheinlich ansehen darf — dann haben wir ein Warrantsystem, aber unter ungünstigen Bedingungen.

Warum das Letztere?

Weil die Liquidationskasse schon durch ihre Existenz, durch den nothwendigen Mechanismus ihres Betriebs, und **ohne** ja sogar **gegen** ihren Willen die Spekulationswuth — diesen Krebsschaden jeden reellen Handels — befördern kann und wird.[173]

Nunmehr wird das Fehlen eines Warrantgesetzes bedenklich. Hätten wir ein solches, so würde die Bank oder die Liquidationskasse natürlich die ungesunde Spekulation auch nicht verhindern, aber doch unendlich leichter kontroliren können.[174] Dann muß die

---

[173]) Die Begründung dieser Anschauung, welche streng sachliche Absichten verfolgt, also ohne jedes persönliche Ziel ist, bei Zeverija S. 175 ff.

[174]) Natürlich soweit die Bank die ungesunde Spekulation beherrschen kann. Man vergleiche Roscher über den Zusammenhang zwischen niedrigem Zinsfuß und dem Anwachsen des Spekulationseifers (§. 188). Er theilt einen Bericht von Temple mit, wonach die Holländer jener Zeit eine Ablösung der Staatsschulden als ein Unglück ansahen. „They receive it with tears, not knowing how to dispose of it to interest with such safety and ease.“ Für so larmoyant hatten wir sie sonst nicht gehalten, und Fälle von unheilbarer Verzweiflung gelegentlich der jüngsten Konversion bei uns sind nicht zu meiner Kenntniß gekommen. Die Spekulationswuth, welche die Handelskrisen verursacht, glaubt Roscher (ibid. Anm. 4) dem niedrigen Zinsfuße zur Last legen zu können, welcher letztere denn auch durch die Zerstörung des Kapitals erhöht wird. Die Spekulationswuth findet ihre Nahrung, sagt er, außer in dem Kapitalüberfluß, in der Erwartung einer Preissteigerung. In den großen englischen Spekulationsperioden: 1796 ff. in Kolonialwaaren, 1808 ff. in Rohstoffen, 1814 in Ausfuhrartikeln, war es durchaus nicht leicht, Kredit zu erhalten.

Waare, und mit der Waare die Person, an den Tag. Gerade die Abhängigkeit der Kreditinstitute von der Centralbank bewirkt, daß ein Wink dieser letzteren oft genügt, um das „full speed“ etwas zu mäßigen. Um Vorschuß geben zu können, muß man Vorschuß bekommen können, was recht schwierig werden kann, wenn die Bank beschließt, die Brücke etwas aufzuziehen.

Ein Warrantgesetz darf denn auch nicht beabsichtigen, die Macht der Bank zu verringern. Im Gegentheil, es muß sie vergrößern. Wenn Herr Pierson sagt: „Das Vorschußgeben auf einen Warrant, wenn die Weight-Note in andere Hände übergegangen ist, ist aber eine Operation, die, wenn auch noch so sicher, einen eigenartigen Charakter hat“,[175]) so geht aus diesen Worten eine gewiß völlig erklärliche und sehr begründete Aengstlichkeit deutlich hervor. Aber erklärlich und begründet nur, wenn das Warrantgesetz dem wirthschaftlichen Einfluß der Centralbank entgegentreten würde. Ein solches Warrantgesetz würde auch ich verwerfen, aus dem einfachen Grunde, weil im allgemeinen Interesse eine Verletzung der sicheren Grundlagen der Centralbank weder verübt noch geduldet werden darf. Für ein solches Warrantgesetz wird aber auch hier nicht plaidirt.

Auch mit Rücksicht auf den Doppelschein soll die Bank gestärkt werden. Es ist gut und nützlich, daß die Bank an Waarenbeleihungen von über 40 Millionen Fl. einen Verlust von nicht mehr als 209,65 Fl. erlitten hat.[176]) Zieht die Bank sich aber zurück, verkennt sie ein wirkliches Bedürfniß, oder läßt sie sich überflügeln, so könnte die von ihr offen gelassene Lücke auf weniger empfehlenswerthe Weise ausgefüllt werden. Man denke an die zweite Warnung von Nasse.[177])

Dies zu verhüten kann mit die Folge eines tüchtigen Warrantgesetzes sein.

Der bereits erwähnte Bericht der Handelskammer zu Zittau theilt eine sinnreiche Aeußerung des deutschen Reichskanzlers mit. Sie lautet:

---

[175]) S. 61.

[176]) Bericht 1887/88 S. 8.

[177]) Oben S. 363.

„Es ist ein Mißverständniß, sich einzubilden, wir könnten den Lauf der Zeit beschleunigen, indem wir unsere Uhren vorstellen. Wir können das Reifen der Früchte nicht dadurch beschleunigen, daß wir eine Lampe darunter halten; und wenn wir nach unreifen Früchten schlagen, so werden wir sie nur verderben!“ [178])

Ist die Ansicht des Herrn Pierson hinsichtlich des wirthschaftlichen Bedürfnisses richtig, dann eigene ich mir jene Worte an. In diesem Falle allein sind wir, wenn wir kein Warrantgesetz machen, gerechtfertigt.

Wenn nicht, nicht.

---

# Nachtrag.

Kaum war meine Arbeit unter vorstehendem Titel [1]) gedruckt, als die zweite Abtheilung des interessanten, früher begonnenen nunmehr vollendeten Werkes von Rießer über die Revision des Handelsgesetzbuchs (in Deutschland) mir zur Hand kam. [2]) Hier behandelt der ebenso scharfsinnige als sorgfältige Schriftsteller auch das Warrantrecht, ein Thema, welches er, da er eine Umschau über das geltende Handelsrecht hielt, natürlich erörtern mußte. [3]) Der Entwickelung der Streitfragen, welche sich an diesen Gegenstand zu knüpfen pflegen, fügt er, wie durchgehends, seine eigene wohl begründete Ansicht bei. Letztere findet er noch näher zu begründen Gelegenheit in einem von ihm (Rießer) selbst gearbeiteten Gesetzentwurfe, welcher als Anhang beigefügt ist. [4]) Dieser Entwurf ver-

---

[178]) S. 504.

[1]) Haag 1889.

[2]) J. Rießer, Zur Revision des Handelsgesetzbuchs, Abth. I., Beilageheft zu Bd. XXXIII. der Zeitschr. f. d. gesammte Handelsrecht (von Goldschmidt, Stuttgart 1877).

Ibidem Abth. II. (Schluß). Beilageheft zu Bd. XXXV. ut supra. (Stuttgart 1889).

[3]) Ibidem Abth. II. §. 21 S. 164 ff.

[4]) Ibidem S. 212. Einen störenden Druckfehler in diesem Entwurfe wolle man verbessern. §. 5 (S. 214) Al. 1 letzte Zeile lies statt Waare „Verpackung“.

dankt offenbar seine Existenz der Erwägung, daß der Warrant und seine gesetzliche Regelung in diesem Augenblicke zu den brennenden Fragen des Deutschen Reiches gehört. Der Entwurf regelt denn auch die ganze Materie und ihren Hintergrund: das Lagerhaus und dessen Recht. Er thut dies mit großer Sachkenntniß und ungemeiner Sorgfalt in einem Geiste und Sinne, mit dem ich vollständig einig gehe. In der That freut es mich, konstatiren zu können, daß wir Beide, unabhängig von einander in den Hauptpunkten zu übereinstimmenden Resultaten gekommen sind. Unzweifelhaft wird die Kenntnißnahme von Rießer's Entwurf die Bearbeitung dieser Materie in den Regierungskreisen erheblich beeinflussen, und die Lösung der Frage beschleunigen.

Unter den retroacta macht Rießer aufmerksam auf den bayerischen Entwurf (von Dr. Adler), den Mannheimer Entwurf (von Dr. Landgraf) und das Bremer Gesetz vom 13. Mai 1877, welche Arbeiten er so abdrucken läßt, daß die korrespondirenden Stellen neben einander stehen.[5]) Den Mannheimer Entwurf, welcher sowohl dem bayerischen Entwurf als dem Bremer Gesetze Rechnung trägt, findet man in meinem „Warrant" als Beilage D. S. 28.[a])

Was mich namentlich veranlaßte, nochmals die Feder zu ergreifen, ist der Wunsch, auch bei uns die Interessenten auf verschiedene Punkte aufmerksam zu machen, welche ich nach Anleitung der Rießer'schen Arbeit, nunmehr hintereinander bespreche.

## I. Das österreichische Warrantgesetz vom 28. April 1889.

Als ich meinen Aufsatz schrieb, kannte ich das Gesetz nicht, auch dessen von Rießer besprochenen[6]) Entwurf nicht. Auch ihm scheint die Thatsache entgangen zu sein,[7]) daß der Entwurf inzwischen Gesetz geworden war.[b]) Hiermit ist also der mehrfach erwähnte

[5]) Ibidem S. 182.

[a]) Die Beilagen sind in der Uebersetzung nicht mit abgedruckt.

[6]) Ibidem S. 175 sub 4.

[7]) Ibidem S. 211 Anm. 295a.

[b]) Dies ist ein offenbarer Irrthum des Verfassers. Das Gesetz vom 28. April 1889 ist erst durch seine Veröffentlichung im österrereichischen Reichsgesetzblatt, welche am 11. Mai 1889 erfolgt ist, Gesetz geworden, und dies hat Rießer be-

Wunsch[8]) von Sax und Leonhardt verwirklicht. Das österreichische Gesetz, welches nach meinem besten Wissen das jüngste in der Reihe der Kodifikationen ist, wird als Beilage hier beigefügt werden, wenn ich es bekommen kann.[c])

## II. Die Haftung des Verwahrers.

Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen prästirt der Verwahrer custodia. Die Frage ist: wie weit sie reicht, bis zu dem Obligo des Frachtführers, oder diesseits dieser Grenze?

Letzteres ist die Ansicht von Georg Cohn,[9]) von Koch[10]) und auch von mir. Koch's Begründung, der ich mich anschließe, lautet wie folgt:

„Insbesondere würde die hier und da empfohlene Einführung einer strengen Haftpflicht der Lagerhäuser für alle Unfälle, höhere Gewalt allein ausgenommen, die Entwickelung des Lagerhauswesens vielleicht hemmend beeinflussen. Die Frage, welche Verpflichtungen das Lagerhaus hinsichtlich der Erhaltung der Waaren übernimmt, hängt allzusehr von den Einrichtungen und den durch die Beschaffenheit der Waare entstehenden Bedürfnissen ab, als daß sie sich so allgemein regeln ließe. Das Rechtsverhältniß ist eben ein verschiedenartigeres als das des Frachtführers."

Riesser ist anderer Ansicht.[11]) Er will den Verwahrer wie den Schiffer behandelt wissen und sagt: „Diese Verschärfung der Haftpflicht halte ich namentlich dann für absolut erforderlich, wenn das Lagergeschäftgewerbe frei gegeben wird." Ich möchte das Gegentheil vertheidigen. Bei dem Systeme staatlicher Konzession sind staatliche Regulative am Platze. Bei freiem Betriebe sind sie (anders

---

reits am 13. Mai 1889, also schon 2 Tage später (s. S. 211 Anm. 295a) mitgetheilt.

[8]) Mein Warrant S. 273, 365.

[c]) Die folgenden Ausführungen, welche eine lebhafte Klage des Verfassers darüber enthalten und substantiiren, daß in ganz Holland nicht, wie in der Stadt Hamburg, eine wohl geordnete Handelsbibliothek existire, lasse ich, so berechtigt sie sicherlich sind, als den Ausdruck eines mehr lokalen Schmerzes weg.

[9]) a. a. O. (Mein Warrant IX) S. 910 sub c.

[10]) a. a. O. (Mein Warrant XI) S. 24.

[11]) S. 201.

wie im gemeinen Rechte) nicht am Platze. Rießer bedenke, daß der Vertrag selbst nicht so leicht zu klassifiziren ist. Bei dem Schiffer haben wir das receptum, und damit fertig. Bei unserem Gegenstande kann vorliegen: Depositum (Aufbewahrung kurzweg), depositum plus locatio conductio operarum (Aufbewahrung mit Dienstleistung, Sortirung, Verpackung u. s. w.) und Mandat hinsichtlich des Kaufes dazu. Dies Alles würde man nur mit Gewalt über einen Kamm scheeren können. Man muß hier Spielraum lassen für die Vereinbarung der Parteien, das Reglement des Lagerhauses und casu quo das richterliche Ermessen.

Soweit ich sehen kann ist bei uns eine gesetzliche Bestimmung über diesen Punkt unnöthig. Dabei gehe ich von der Ansicht aus, daß jetzt bereits in Folge des Art. 1572 B. G. [d]) der Verwahrer es ist, welcher sich exkulpiren muß. Zweifelt man daran, dann ist unser Gesetz nicht haltbar, not for a moment's while. Man denke, daß ein Kaufmann, der nichts Böses gethan hat, prozessual durch die Beweislast gefangen werden kann. Als selbstverständlich setze ich weiter voraus, daß Art. 1762 B. G. [e]) nur dann gilt, wenn ein Lagerschein entweder überhaupt nicht vorhanden ist oder, wenn ja, die Waare mit dem Warrant dem Verwahrer vorgelegt wird. Das Gegentheil würde eine pasquinade sein und das Gesetz wird nicht von Idioten gehandhabt.

## III. Doppelscheinsystem.

Jetzt ist auch in Oesterreich das Doppelscheinsystem durch Gesetz vom 28. April 1889 eingeführt. Man erinnere sich, wie sehr Schriftsteller, wie Sax und Leonhardt,[13]) darauf gedrungen haben. Was aber ungemein ins Gewicht fällt, ist nachfolgende

---

[d]) Art. 1752 des holländ. B. G. lautet in Uebersetzung: „Der Verwahrer, welcher mit der Sequestration beauftragt ist, kann erst dann von der Verwahrung der in Streit befindlichen Sache enthoben werden, wenn alle Interessenten zustimmen oder ein anderer gesetzlicher Grund besteht."

[e]) Artikel 1762 des holländ. B. G. lautet in Uebersetzung: „Die in Verwahrung gegebene Sache muß dem Deponenten zurückgegeben werden, sobald er dies verlangt, selbst wenn im Vertrag eine bestimmte Frist für die Rückgabe festgesetzt ist, es sei denn, daß ein Arrest zu Händen des Verwahrers gelegt ist."

[13]) Mein Warrant S. 273.

Thatsache, welche ich Rießer entnehme: „Bei einer anno 1882 durch das österreichische Handelsministerium veranlaßten Enquete lauteten die Gutachten der Handels- und Gewerbekammern allgemein zu Gunsten des Zweischeinsystems.“ [14])

Das Gesetz hat mithin einen Wunsch des Handels erfüllt. In England hilft sich dieser selbst durch den Warrant und die Weight-Note, welche den Dienst des Doppelscheins thun. Bei uns hat man nach der Ansicht des Handels noch nicht gefragt, wenigstens so weit mir bekannt ist. Der Versuch scheint mir aber der Mühe wohl werth zu sein.

## IV. Spring-Regreß.

Auch in diesem Punkte hat das neue österreichische Gesetz eine lange aufgestellte Forderung erfüllt, indem es den Springregreß einführt. Hierfür nimmt auch Rießer Partei, so daß seine Autorität derjenigen der schon genannten, welche mit der Praxis vertraut sind, hinzugefügt werden kann. [15])

Sein Motiv ist das bekannte, aber entscheidende: dem Warrant die Möglichkeit zu verschaffen, „Bankpapier“ zu werden. Wie die Anderen, so auch Rießer:

> „Die wichtige und wünschenswerthe Eigenschaft, ein, wenn auch in engeren Grenzen beliebtes Diskontpapier zu werden, kann der Warrant nur durch die Zulassung des Regresses erlangen. Dabei kann — und damit ist sehr vielen gegen diesen Regreß gerichteten Argumentationen der Boden entzogen — auch die Bestimmung des Art. 14 der Wechselordnung mit in das Gesetz übernommen worden, wonach der Indossant durch einen Ausdruck wie: „ohne obligo“ u. dergl. eine wechselmäßige Verbindlichkeit aus seinem Indossamente ablehnen und beseitigen kann, obgleich auch dies nicht unbedenklich ist.“ [16])

Den Vorbehalt, der Rießer selbst bedenklich scheint, möchte auch ich nicht unterschreiben. Mir ist es nie klar geworden, warum

---

[14]) S. 202 Anm. 288.

[15]) Mein Warrant S. 365. Rießer ist Direktor der Bank für Handel und Industrie.

[16]) S. 211.

das deutsche Wechselrecht einem Indossanten die Befugniß giebt, sich eigenmächtig dem Wechselverbande zu entziehen. Mir scheint, hierfür existirt ein jedem zugängliches einfaches Mittel: nämlich, seinen Namen überhaupt nicht auf einen Wechsel zu setzen. Thut man dies aber doch, so darf man das Wechselverhältniß nicht zu eigenem Nutzen, und zum Nachtheile von Anderen beseitigen können. Wer die Vortheile des Wechsel-Giro's hat, muß auch dessen Nachtheile tragen. Ubi emolumenta, ibi onera. Oder wird man den Ladungsinteressenten zugestehen, daß sie verschiffen unter der Bedingung, an der Havarie-grosse theilzunehmen oder nicht theilzunehmen?

Die Hinzufügung also der Worte: „ohne Obligo" widerspricht bei dem Wechsel dem Charakter der Formalobligation. Der Warrant aber, welcher zu dieser Klasse von Skriptur-Obligationen nicht gehört,[17]) verträgt noch weniger den eigenmächtigen Vorbehalt, welcher aus der von Rießer als möglich angedeuteten Zufügung: ohne Obligo entstehen würde. Denn hierdurch würde ohne den geringsten Grund eine Befreiung von der Schuld entstehen.

Um dies zu beweisen, verweise ich auf den Rechtsgrund des Springregresses gegen die Reihe der Käufer, den ich bereits nachgewiesen habe.[18]) Sind Deponent A. Geldgeber B. und Käufer C. untereinander überein gekommen, daß der Warrant die Waare vertreten soll, daß aber letztere nur gegen Zahlung des Vorschusses ausgeliefert werden soll, dann bleibt C. nach A. Schuldner. Nun verkaufe C. so viel er will an G., an H., an J. Keiner von diesen kann dadurch, daß er eigenmächtig die Worte „ohne Obligo" auf den Schein schreibt, sich der Zahlung des eventuellen Deficits gegenüber dem Geldgeber B. entziehen. Denn mit Rücksicht auf diesen Letzteren ist dieser Zusatz immer eine res inter alios. Von diesem Gesichtspunkt aus hat Rießer die Sache deshalb nicht angesehen, weil er in seinem Entwurfe des Springregresses gegen die Reihe der Käufer nicht gedacht hat.

Dagegen regelt er den Springregreß gegen die Reihe der

---

[17]) Mein Warrant S 359.

[18]) Eodem S 310.

Geldgeber. Auch hier aber ist eine Befreiung mittelst der Zufügung der Worte: „Ohne Obligo“ nicht anwendbar. Dieser Springregreß stützt sich auf Verpfändung der Waare, nicht wie Bayerdörffer will, auf Verpfändung des Pfandrechts.[19]) Mithin garantiren alle Vorschußgeber, welche ihrerseits diskontiren, dem letzten Vorschußgeber die Integrität des Vorschusses. Mit anderen Worten: sie ermächtigen ihn ohne Vorbehalt zum Springregreß.

## V. Einfacher Schein.

Die gesetzgeberische Frage ist: Soll bei Einführung des Doppelscheinsystems die Forteristenz des einfachen Scheines geduldet werden, und wenn ja, mit welchen rechtlichen Konsequenzen?

Meine Antwort lautet: nein. Das Gesetz schreibe den Inhalt des Scheines vor, welcher, je nachdem es der Deponent wünscht, den Dienst des einfachen oder des Doppelscheins versehen kann. In dem Sinne nämlich, daß es natürlich von ihm abhängt, ob er er nur verkaufen, oder nur verpfänden, oder Beides thun will. Es gestatte aber nicht, daß von dem Inhalte des einmal eingeführten Scheines abgewichen werde, am wenigsten aber, daß eine solche Abweichung verschiedene Rechtsfolgen haben soll. Hierdurch würden Verwickelungen und Mißbrauch befördert werden.[20])

Dieser in der That einfache Punkt würde kaum einer Erläuterung bedürfen, wenn nicht das russische Lagerhausgesetz auf den Einfall gekommen wäre, diese soeben gerügte Quelle von Mißverständnissen in's Leben zu rufen. Es begeht den doppelten Fehler, einerseits den einfachen Schein zu gestatten (§. 20), andererseits dafür besondere Rechtsfolgen festzusetzen (§. 44). Diese anderen Rechtsfolgen bestehen speziell darin, daß die Indossanten des einfachen Scheines dem Regreß nicht unterworfen sind.

Dieser Punkt veranlaßt Rießer zu folgender Bemerkung:

„Diese geistreich ausgedachte Verbindung des Zweischein- mit dem Einscheinsysteme soll offenbar den etwa wegen der Regreßpflicht Aengstlichen entgegenkommen und dadurch den mittelst

---

[20]) Mein Warrant S. 308.

[19]) Eodem S. 333.

Warrants zu gewährenden reinen Realkredit befördern. Es steht jedoch zu befürchten, daß bei dem Nebeneinandergehen zweier Systeme mit und ohne Regreß gegen die Indossanten eine der Ausbildung und Förderung des ganzen Instituts äußerst schädliche Verwirrung und Unklarheit über die mit der Indossirung verbundenen Folgen Platz greifen wird, so daß der Zweck des Gesetzgebers doch nicht erreicht würde."[21])

Die Absichten des russischen Gesetzes hieraus sind mir unbekannt. Aber Rießer thut ihnen zu viel Ehre an. Wieso auch nur mit einem Schatten juristischer Begründung der Regreß abhängig gemacht werden kann von der Existenz oder Nichtexistenz des einfachen oder des Doppelscheins, kann ich nicht fassen. Die Regreßpflicht besteht, oder sie besteht nicht. Aber hält man die Regreßpflicht für der Billigkeit entsprechend und rechtlich und wirthschaftlich vertretbar, wie ich versucht habe nachzuweisen,[22]) so muß man sie überall einführen. Wenn nicht, lasse man sie überall weg. Sagt man aber: Regreß bei dem Doppelscheine, kein Regreß bei dem einfachen Scheine, dann macht man wohl den ersteren, nicht aber den letzteren zum „Bankpapier", und veranlaßt die verwunderte Frage: Warum?

In den Institutionen befindet sich eine Stelle, deren vis comica, so oft ich sie gelesen habe, ich nicht widerstehen konnte. Das Senatus consultum Tertullianum gewährt der Mutter am Vermögen ihrer Kinder Intestaterbrecht, vorausgesetzt, daß sie, falls sie frei geboren ist, drei, und wenn sie frei gelassen ist, vier Kinder hat. Justinian schafft diese Beschränkung mit der Begründung ab — Prudhomme würde es nicht besser machen können —: „Quid enim peccavit si non plures sed paucos peperit?"[23]) In der That ist es nicht leicht, diese ernsthaft-naive Frage zu beantworten. Das klassische Beispiel gestattet mir, es in diesem Zusammenhang zu wiederholen. Was hat der Schein verbrochen, wenn er nun einmal theils als einfacher, theils als Doppelschein vorkommt, daß man ihm dort nicht, hier aber ja den Zugang zu den Banken gestattet?

---

21) S. 203.

22) Mein Warrant §. 6 S. 358 ff.

23) Inst. III. 3 §. 2, 4.

## VI. Freiheit oder Konzession?

Diese Alternative bezieht sich auf das Lagerhaus (natürlich abgesehen von ihrem fiskalischen Sinn: entrepôt réel, fictif ꝛc.), und führt zu der Frage, ob das Lagergeschäft freigegeben werden soll oder nicht. Bei uns scheint mir die völlige Freiheit des Lagergeschäfts absolut zweifellos. Zu diesem Resultate kommt auch Rießer,[24]) aber merkwürdiger Weise erst „nach vielfachen Zweifeln und Bedenken." [f]) Auch hierzu sehe ich nicht den mindesten Grund. Gerade die Argumente, welche Rießer für die Freiheit des Lagergeschäfts ins Feld führt, beweisen, daß seine Aengstlichkeit in diesem Punkt eine protestatio actui contraria ist.

Die präventive Staatsaufsicht, deren wir uns noch jetzt für anonyme Gesellschaften erfreuen, ist ein überwundener Standpunkt. Sie hat nicht gehalten, was sie versprochen hat, und nicht einen einzigen der Nachtheile verhütet, zu deren Verhütung sie eingeführt worden ist. Ihre vollständige Wirkungslosigkeit erhellt aus der Thatsache, daß sie täglich au vu et au su de tout le monde glänzend umgangen wird, ohne daß ein Hahn darnach kräht. Dagegen hat sie ihr Bestes gethan, um ein Scheinvertrauen zu erwecken. Denn eine Aktiengesellschaft kraft königlicher Genehmigung hat ein majestätisches Aushängeschild, welches allerdings glücklicherweise bei uns nur noch wenige Schwachköpfe bethört. Einmal errichtet, kann sich die Gesellschaft recht viel erlauben, denn kein Sterblicher bekümmert sich mehr um ihre Handlungen, wenn nur ihre Verwaltung dafür sorgt, außerhalb der Grenzen der Art. 336, 342, 343 des Strafgesetzbuchs zu bleiben. Hält man letzteres für eine Abschreckung, nun gut, aber was hat dies mit der präventiven Staatsaufsicht zu thun?

---

24) S. 205.

f) Dies kann doch wohl, wenn man nur einen Blick auf die deutsche Literatur wirft, in welcher fast durchweg das Gegentheil vertheidigt wird, nur dann „merkwürdig" sein, wenn man sich völlig und ausschließlich auf den Standpunkt des Holländers stellt, der sich dann natürlich auch wundert, ja sogar nicht „ohne Lächeln" vernimmt (Warrant S. 269), daß Wertheimer in einer Schrift, „welche die Jahreszahl 1886 trägt, es für nothwendig findet, den Nutzen der Entrepôtwesen ausführlich auseinanderzusetzen!" Wenn Levy den Letzteren daraufhin zu fragen geneigt ist: „Mais d'où sortez vous donc?" (Warrant S. 269), so würde als Antwort völlig ausreichen: Aus Deutschland (bezw. Oesterreich), und nicht aus Holland.

Genau dieselben Bemerkungen gelten für diejenigen, denen es gelüstet, mit dem kaufmännischen Verwahrer ähnliche Versuche anzustellen. Es ist in der That erstaunlich, daß ein so scharfsinniger Beobachter, wie es Simonson ist, entschieden Stellung nimmt in detrimentum libertatis. Rießer zitirt dessen Ansicht,[25]) um sie zu bekämpfen. Simonson sagt:

„(Die unbedingte Freiheit des Lagergewerbes) finden wir allein in England, doch lassen die eigen gearteten Verhältnisse dieses Landes eine Ausdehnung dieses Prinzips auf Deutschland keineswegs angezeigt erscheinen. Denn wenn sich dort auch das den großen Docks entgegengebrachte Vertrauen auf die allmälig daneben entstandenen Privatanstalten erstrecken konnte, so würde in Deutschland eine solche Freiheit dem ganzen Institute von vorn herein das Zutrauen benehmen, dessen es gerade im Anfang am stärksten bedarf.“[26])

Diese Bemerkung ist zunächst materiell unrichtig. Auch in Holland ist das kaufmännische Lagergeschäft völlig frei, und wenn auch die Innungen uralt sind, so ist doch Niemand gehindert, morgen eine ganz neue Innung zu begründen. Wunderlich ist aber auch die Ansicht, daß das Vertrauen des Handels eine Treibhauspflanze ist, die man nur unter eine Glasglocke zu setzen hat, damit sie gedeihe. In Wirklichkeit ist nichts selbstständiger, nichts unabhängiger, nichts jedem Zwang und jeder Staatsaufsicht abgeneigter, als gerade dieses Vertrauen des Handels. Der Handel, vor Allem der Großhandel, welcher sich, wenn auch nicht ausschließlich, so doch vorwiegend mit dem Warrantsysteme befaßt, sieht mit seinen eigenen Augen. Ihm gegenüber kann man sich abplagen mit allen möglichen gesetzlichen Vorsichtsmaßregeln, ohne einen Schritt weiter zu kommen. Je prends mon bien où je le trouve, ist seine Losung, und das unscheinbare Lagerhaus in einem entlegenen Stadtviertel zieht ihn, wenn es nur tüchtig verwaltet ist, oft mehr an, als manche große, aber hohle Unternehmung. Dies ist natürlich für den Gesetzgeber kein Grund, Gottes Wasser über Gottes Acker laufen zu lassen. Wohl aber muß es ihn veranlassen, sich jeder nicht dringend nöthigen Intervention zu enthalten. Da

25) S. 205.

26) Bei Schmoller S. 227. Vgl. Meinen Warrant XI.

sich für erwachsene, wirthschaftlich freie und handlungsfähige Menschen das landesväterliche Gängelband als nutzlos und sogar schädlich erwiesen hat, versuche man es einmal, wenn es nur irgend angeht, mit der einfachen Freiheit.

Auch bedenke man Zweierlei. Zunächst, daß die Lagerhäuser, wenn man ihren Betrieb frei giebt, nicht wie die Pilze aus der Erde schießen werden. Es genügt nicht, Lagerhausinhaber sein zu wollen, man muß es auch sein können. Mit dem Aufbewahren hinter Schloß und Riegel ist es nicht gethan. In den meisten Fällen muß die Waare bearbeitet werden, was ein mit derartigen Arbeiten vertrautes Personal voraussetzt, welches sich keineswegs improvisiren läßt. Andererseits bleibt das Recht der Banken bestehen, eine Sicherung zur Garantie für die Unterschrift des Lagerhausinhabers zu verlangen.[27]) Da nun der Zweck des Warrantsystems ist, die Scheine in die Hände der Banken zu bringen, so ist die faktische Existenz dieser Garantie genügend, um auch andere Nebenwirkungen hervorzubringen.

Immer mehr befestigt sich denn auch die Ueberzeugung, daß der Betrieb des kaufmännischen Lagerhauses, welches Lagerscheine und Warrants ausgiebt, vollkommen frei sein muß. Die Bestimmung des Artikels 302 des A. D. H.-G.-B., worin jener Betrieb der Staatsaufsicht unterworfen wird, [s]) giebt Koch zu folgenden Bemerkungen Anlaß:

> „Sie stammt aus der Zeit eines veralteten Konzessionirungssystems und ermangelt des inneren Grundes, da in der Ausstellung jener Papiere nichts besonders Gefährliches liegt (so wenig wie bei Ladescheinen und Konnossementen). Es giebt andere Mittel, die für das Nehmen von Warrants allerdings unerläßliche Solidität des Lagerhaus-Unternehmens zu sichern. Die meisten Lagerhäuser werden, wenn nicht vom Staate, doch von Stadtgemeinden, Handels-Korporationen und von Vereinigungen der Interessenten betrieben. Rein auf den Lagerhauszweck beschränkte Erwerbs-Gesellschaften sind selten. Aktien- und Kommandit-Gesellschaften auf Aktien bieten vermöge der ihnen gesetzlich gebotenen Publizität

---

[27]) Mein Warrant S. 276.

[s]) Richtiger wohl: worin ein der Staatsaufsicht unterworfenes Lagerhaus vorausgesetzt wird.

gewisse Garantien. Aber auch die lediglich von Privatpersonen errichteten Lagerhäuser haben sich vielfach, z. B. in England und Schottland, besonderes Vertrauen in ihren großartigen Geschäftsbetrieb erworben, so daß es ungerechtfertigt sein würde, dieselben ganz auszuschließen. Auch ist, da hohe Dividenden in diesem Geschäft nicht erlangt zu werden pflegen, der Antrieb zur Errichtung von Lagerhäusern nicht eben groß."[28])

Außer diesem Ausspruch eines Mannes, den man doch als mit den Bedürfnissen des Handels vertraut erachten darf, ist vor Allem besonders interessant die Aeußerung eines Organs des Handels selbst, welche Rießer mittheilt.[29])

Der „bleibende Ausschuß des Deutschen Handelstages" hat nämlich folgenden Bericht über die Ansichten des letzteren Handelsorgans an den Reichskanzler erstattet:

„Ein aus der Doktrin entstandenes System, dem gesetzliche Sanktion gegeben wird, „ein bis in's Einzelne durchgeführtes juristisch pointirtes Gesetz" könnte gerade die umgekehrte, als die erwartete Wirkung haben und anstatt eine lebensvolle Institution zu schaffen, jede Entwickelung, wie es anderwärts geschehen ist, im Keime ersticken. Man wird der Selbstthätigkeit möglichst freien Spielraum lassen müssen und nicht durch beengende Vorschriften eine den Bedürfnissen des Verkehrs folgende Ausbildung der neuen Einrichtung hemmen dürfen.

Es wäre zu beklagen, wenn auch dieses Mal wieder das ängstliche, insbesondere dem Handelsstande gegenüber öfters hervorgetretene Bestreben die Oberhand gewänne und eine für die Entfaltung des wirthschaftlichen Lebens nützliche Einrichtung, um den Mißbrauch zu verhindern, der damit getrieben werden könnte, mit Schranken umgeben würde, welche den Erfolg, der damit erreicht werden soll, zum Theil gänzlich vereiteln müßten. Gerade in diesem Falle, wo es sich darum handelt, ein aus Unkenntniß entstandenes Mißtrauen gegen die zu schaffende Institution zunächst zu beseitigen, könnte dies verhängnißvoll werden. Anstatt zu helfen, würde eine von solchen Motiven geleitete Gesetzgebung die jetzt begehrte Institution vereiteln, deren Entwickelung hindern

[28]) S. 22.
[29]) S. 209.

und uns dadurch anderen Nationen gegenüber in Rückstand bringen."

Die dem kaufmännischen Lagergeschäfte zu gewährende Freiheit des Betriebs hat aber nicht zur Folge, daß das Gesetz dessen Ausübung nicht festen Regeln unterwerfen soll. Ueber diesen Punkt ein Wort am Schlusse.

## VII. Rechtsnormen für das kaufmännische Lagergeschäft.

Von solchen Vorschriften zählt Koch fünf auf:[30])

1. Der Inhaber des Lagergeschäftes muß Kaufmann sein. Bei uns wird es genügen, wenn man sein Geschäft als Handelsgeschäft (Art. 4 H.-G.-B.) qualifizirt, damit ist die kaufmännische Buchführung und der kaufmännische Prozeß auf ihn anwendbar.

2. Es muß ihm die Verpflichtung auferlegt werden, ein Register zu halten. Dies ist besonders deshalb nöthig, weil man die Eintragung für das erste konstitutive Verpfändungsindossament des Warrants verlangt, worüber man verschiedener Meinung sein kann. Belgien (Art. 6) handelt darin anders wie Frankreich (Art. 5).[31]) Wie immer auch dieser Punkt entschieden werden möge, so ist das Register des Lagerhausinhabers, was das Manifest des Schiffers ist: ein Inventar der in seiner Verwahrung befindlichen Güter. Dabei handelt es sich also um elementare Ordnungsgrundsätze.

3. Es muß ihm verboten werden, Scheine mit einem anderen als dem gesetzlichen Inhalt auszugeben, und es muß ihm vorgeschrieben werden, Theilscheine auszustellen auf Verlangen des Deponenten (Prime Warrants).[32]) Der erste Punkt ist oben besprochen.[33]) Der zweite erfüllt eine Forderung des Verkehrs, die fast täglich gestellt werden kann.

4. Es muß ihm die Veröffentlichung der Tarife vorgeschrieben werden. Ich würde ihm außerdem nach Anleitung des Rießer'schen Entwurfs[34]) die Verpflichtung auferlegen, Niemanden

---

30) S. 23.

31) Mein Warrant, S. 302, 303.

32) Mein Warrant 332.

33) Supra sub V, S. 384.

34) S. 214, § 4.

zurückweisen zu dürfen, welcher erklärt hat, sich dem Reglement des Lagerhauses fügen zu wollen.

5. Es muß ihm der Betrieb anderer Handelsgeschäfte in Bezug auf die in seiner Verwahrung befindlichen Waaren verboten werden.

Der Grund dieser Bestimmung ist, „damit das Lagerhaus nicht zum Konkurrenten seiner Kunden werde und deren Geschäftsgeheimnisse ausbeute.“[35]) Auch mir scheint dieser Grund durchschlagend. Er ist die ratio legis des Art. 65 S. 2 des H.-G.-B. Eine ähnliche Erwägung muß zu gleichen Vorschriften führen. Rießer erklärt sich dagegen;[36]) nicht, weil er das Verbot überhaupt nicht vernünftig findet, sondern weil es „eine lex imperfecta sein würde. Das Verbot aber etwa durch Strafbestimmungen zu schützen, kann ich mich nicht entschließen. Es ist höchste Zeit, daß einmal wieder in Deutschland ein Gesetz gemacht wird, welches keine Strafbestimmung enthält; überdies aber würde auch ein strafgesetzlich geschütztes Verbot hier sehr leicht zu umgehen sein.“

Ich erwidere: Die Möglichkeit der Umgehung besteht immer, einerlei ob die Gesetzesnorm zivilrechtlichen oder strafrechtlichen Inhalt hat. Eine persona interposita ist für den Inhaber des Lagerhauses leicht zu finden. Das Argument beweist also zuviel. Auch braucht man in die Ausdehnung des strafbaren Unrechts nicht gerade verliebt zu sein, um sie zu befürworten, wenn man genöthigt ist. Es wimmelt in unseren Gesetzen von stricto sensu Strafbestimmungen. Warum sollen wir gerade hier Halt machen?[h]) Endlich wirkt das Verbot an und für sich abschreckend, weil die Uebertretung doch zugleich eine Schadensersatzklage zur Folge haben kann, welche aber, das sehe ich wohl ein, mangels Beweises, sei es der Thatsachen, sei es des Schadens, nicht besonders zu fürchten sein würde.

Eine sechste Rechtsnorm endlich wird weder von Koch, noch von Rießer befürwortet, nämlich: dem Inhaber des kaufmännischen Lagergeschäfts zu verbieten, selbst zu beleihen. Auf früheres Recht zurückkommend, hat man in Frankreich durch Gesetz vom 31. August

---

[35]) Koch, S. 23.

[36]) S. 221, Note 313.

[h]) Die Unterstreichung stammt vom Uebersetzer.

1870 dieses Beleihungsrecht zugestanden.[37]) Auch Koch sieht keinen Anlaß, dem Verwahrer diese Befugniß zu entziehen: „für die Einlagerer ist diese Gelegenheit, Vorschüsse zu erhalten, sehr bequem.“[38]) Dieser Ansicht schließe ich mich an, nicht aber einem Theile der Rießer'schen Motivirung, welche lautet:[39]) „Weil einerseits voraussichtlich von der Reichsbank oder den anderen die Pfandscheine der Lagerunternehmungen beleihenden Instituten geradezu verlangt werden wird, daß der Pfandschein erst auf den Lagerunternehmer indossirt und dann mit dessen Indossament versehen, ihnen übergeben werde.“

Es ist mir nicht recht klar, was damit gemeint ist. Ist gemeint, daß die Bank das Indossament des Lagerhausinhabers im Formular fordern soll? Wozu? Welche Befugnisse erhält sie dadurch, die sie nach dem Gesetze nicht aus eigenem Recht ausüben könnte? Und wie sollte es dann zu rechtfertigen sein, daß die Bank downright eine simulirte Rechtshandlung (Indossament ohne Valuta) ins Leben rief? Oder ist gemeint, daß die Bank re vera verlangt, daß der Inhaber des Lagerhauses einen Vorschuß gewähren soll. Diese Absicht würde ich noch weniger begreifen; denn welches Interesse soll die Bank haben, sich Konkurrenten zu schaffen? Und wozu sollte sie eine Bedingung stellen, die nothwendigerweise den Kreis der Lagerhausinhaber auf diejenigen beschränken müßte, welche über ansehnliche Geldmittel verfügen können?

Es ist nöthig, daß ein neues Rechtsinstitut von vornherein auf einen guten Weg geleitet wird. Man könnte möglicherweise die von Rießer als „voraussichtlich“ eintretend bezeichnete Absicht der Bank als eine Empfehlung von seiner Seite auffassen. Deshalb erschien es mir nicht überflüssig, in diesem Punkte Widerspruch zu erheben, zumal ich mich nicht erinnere, daß in der Literatur jener modus procedendi als wünschenswerth oder empfehlenswerth bezeichnet wird.

Amsterdam, 19. Juni 1889.

J. A. Levy.

---

[37]) Mein Warrant, S. 305.

[38]) S. 24, Anm. 79.

[39]) S. 221, Anm. 313.

# Inhalt.



# Alphabetisches Sachregister.

(Die Zahlen bezeichnen die Seiten.)

Ex. J. G.

Gedruckt bei Julius Sittenfeld in Berlin.

Gedruckt bei Julius Sittenfeld in Berlin W.

# Archiv
für
# Bürgerliches Recht.

Herausgegeben von


**J. Kohler,**
ord. Professor an der Universität Berlin.

**V. Ring,**
Richter am Amtsgericht I Berlin.



**Band 2. Heft 1.**
Mai 1889.

**Berlin.**
Carl Heymanns Verlag.
1889.

# Notizen.

Wir bitten, für die Herausgeber bestimmte Sendungen, insbesondere neue Beiträge, an die Verlagshandlung (Carl Heymanns Verlag, Berlin W. 41, Mauerstraße 63, 64, 65) zu adressiren.

Wir bemerken, daß das Archiv das gesammte bürgerliche Recht des Deutschen Reiches, einschließlich des Handelsrechts, und nicht etwa nur das Bürgerliche Gesetzbuch zum Gegenstand hat.

Das Archiv für bürgerliches Recht mit Einschluß des Handelsrechts herausgegeben von Professor Kohler und Amtsrichter Ring erscheint in Bänden von 2 bis 3 Heften. Preis des Bandes M. 8.

# Inhalt.



Gedruckt bei Julius Sittenfeld in Berlin W.

# Archiv

für

# Bürgerliches Recht.

Herausgegeben von

J. Kohler,
ord. Professor an der Universität Berlin.

V. Ring,
Richter am Amtsgericht I Berlin.

Band 2. Heft 2.
Juli 1889.

Berlin.
Carl Heymanns Verlag.
1889.

# Notizen.

Das Archiv wird künftig fortlaufende Uebersichten über die neueste civilistische Litteratur von Herrn Privatdocent Dr. Goldschmidt in Göttingen bringen.

---

Wir bitten, für die Herausgeber bestimmte Sendungen, insbesondere neue Beiträge, an die Verlagshandlung (Carl Heymanns Verlag, Berlin W. 41, Mauerstraße 63, 64, 65) zu adressiren.

Das Archiv für bürgerliches Recht herausgegeben von Professor **Kohler** und Amtsrichter **Ring** erscheint in Bänden von 2 bis 3 Heften. Preis des Bandes M. 8, bei postfreier Zusendung M. 8,30.

## Inhalt.




Gedruckt bei Julius Sittenfeld in Berlin W.

# Archiv

für

# Bürgerliches Recht.

Herausgegeben von

**J. Kohler,**
ord. Professor an der Universität Berlin.

**V. Ring,**
Richter am Amtsgericht I Berlin.

**Band 2. Heft 3 (Schluß).**
September 1889.

**Berlin.**
Carl Heymanns Verlag.
1889.

# Notizen.

Das Archiv wird künftig fortlaufende Uebersichten über die neueste civilistische Litteratur von Herrn Privatdocent Dr. Goldschmidt in Göttingen bringen.

Wir bitten, für die Herausgeber bestimmte Sendungen, insbesondere neue Beiträge, an die Verlagshandlung (Carl Heymanns Verlag, Berlin W. 41, Mauerstraße 63, 64, 65) zu adressiren.

Das Archiv für bürgerliches Recht herausgegeben von Professor Kohler und Amtsrichter Ring erscheint in Bänden von 2 bis 3 Heften. Preis des Bandes M. 8, bei postfreier Zusendung M. 8,30.

## Inhalt.

